

**UNTERLASSUNG
und
PRIMÄRE HANDLUNGSPFLICHTEN**

Max-Josef Weigl

1970
—

U n t e r l a s s u n g

und

p r i m ä r e H a n d l u n g s p f l i c h t e n

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Max-Josef Weigl

1970



70

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Teil I: Unterlassung	1
1. Handlungsbegriff	1
2. Tun oder Unterlassen	4
3. Problematik der Abgrenzung des Tuns vom Unterlassen	7
a) Strafrechtliche Problemfälle	7
b) Lösungsversuche in der Literatur	9
4. Gleichzeitiges und nachfolgendes Unterlassen	12
5. Zuordnungskriterien	15
a) Die ontologische Struktur der Determination in den Seinsschichten	16
(1) Kausalnexus - Finalnexus - Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg	16
(2) Zuordnungskriterien des Erfolgs zur Handlung	22
(a) Vorsätzliche Handlung	22
(b) Fahrlässiges Tun	24
(c) Unterlassen	26
b) Handlungseinheit	27
(1) Tatsächliche Betrachtungsweise	27
(2) Handlungseinheit im Rechtssinne	31
6. Abgrenzung	36
a) Problemfälle	36
b) Tun und Unterlassen als selbständige Erfolgsursachen bei Rechtspflichten zum Handeln aus vorangegangennem Tun	45
c) Deliktische Handlungspflichten	47
(1) Gesetzlich normierte deliktische Handlungspflichten	47
(2) Nicht gesetzlich normierte deliktische Handlungspflichten	48
(a) Verkehrspflichten, Gegenstände des Verkehrs in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten	49
(b) Verkehrspflichten, Gegenstände des Verkehrs von vornherein verkehrssicher herzustellen	54
(c) Primäre Handlungspflichten	64

Teil II: Primäre Handlungspflichten	66
1. Begriff und Arten	66
a) Begriff	66
b) Arten	67
2. Begründung und Entwicklung in der Rechtsprechung	68
a) Rechtsprechung des RG	68
b) Rechtsprechung des BGH	74
3. Die Einordnung in das Deliktsrecht	77
4. § 823 Abs. 1 oder § 831 Abs. 1 BGB	80
a) Rechtsprechung	80
b) Literatur	83
(1) Allgemeine Aufsichtspflicht	83
(2) Organisationspflichten	85
c) Kritik und Stellungnahme	90
(1) Allgemeine Aufsichtspflicht und Überwachungspflicht	90
(2) Die körperschaftliche Organisationspflicht	98
5. Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld	103
a) Tatbestandsmäßigkeit	103
(1) Tatbestand und Tatbestandsmäßigkeit	103
(2) Typisiertes Unrecht?	104
(3) Handlung, Erfolg und Tatbestand	106
(4) Sonstige Tatbestandsmerkmale primärer Handlungspflichten	108
b) Rechtswidrigkeit	115
(1) Die Rechtspflicht zum Handeln	116
(2) Rechtswidrigkeitszusammenhang	121
c) Verschulden	124
(1) Vorsatz	125
(2) Fahrlässigkeit	125
Schlußbemerkung	132

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
Allg.Verw.R.	Allgemeines Verwaltungsrecht
Anm.	Anmerkung
Apr.	April
Aufl.	Auflage
Aug.	August
Bd.	Band
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	Bundesjustizministerium
bzw.	beziehungsweise
c - s - q - n	condicio sine qua non
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
Dez.	Dezember
DJT	Deutscher Juristen Tag
DJZ	Deutsche Juristische Zeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVbl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft

f	folgender, für
Febr.	Februar
Festschr.	Festschrift
ff	folgende
Fußn.	Fußnote
Gebr.MG	Gebrauchsmustergesetz
GeschmacksMG	Geschmacksmustergesetz
GewO	Gewerbeordnung
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts begründet von Gruchot
Halbb.	Halbband
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
Iher.J.	Iherings Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
i.S.d.	im Sinne der
i.w.S.	im weiteren Sinn
Jan.	Januar
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KfZ	Kraftfahrzeug
Lb.	Lehrbuch
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
l.Sp.	linke Spalte
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
Nov.	November
Okt.	Oktober
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
Rd.Nr.	Randnummer
Recht	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.
RGSt	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen
r.Sp.	rechte Spalte
Rspr.BauZ	Rechtsprechung der Bauausführung
S	Satz
S.	Seite
s.	siehe
Sept.	September
Seuff.Arch.	J.A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
SJZ	Süddeutsche Juristen Zeitung
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung

u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UrhG	Urhebergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualver- sicherung
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung
Warn.Rspr.	Warneyer Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	Wertpapierrechtliche Mitteilungen
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

Teil I: Unterlassung

1. Handlungsbegriff

Das privatrechtliche Deliktsrecht¹⁾ knüpft die Schadenshaftung an ein menschliches Verhalten²⁾ an; denn nur ein menschliches Verhalten kann rechtswidrig³⁾ und schuldhaft sein. Dieses haftungsbegründende⁴⁾ menschliche Verhalten bezeichnet man als Handlung⁵⁾.

-
- 1) §§ 823 ff BGB, § 47 PatG, § 15 Gebr.MG., § 14 Geschmacks MG, §§ 24, 25 WZG, § 97 UrhG, §§ 16, 19 UWG; vgl. Hildebrandt, Handlungseinheit, S. 38, 39; Heck, Schuldrecht, S. 439, betont besonders, daß sich privates Deliktsrecht auch außerhalb des BGB findet. Es besteht allgemein Übereinstimmung, daß das Recht der unerlaubten Handlung Deliktsrecht ist; vgl. Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., § 201, 2 a und 3. Aufl., Bd. II, § 106.
 - 2) Verhalten ist hier Oberbegriff für Tun und Unterlassen i.S. Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 23, mit weiteren Nachweisen in Fußnote 39.
 - 3) V. Caemmerer, Wandlungen, in Festschrift DJT, Bd. II, S. 127 ff; Enneccerus-Nipperdey, Lb., Bd. II, § 209, S. 1279 ff; Zippelius, NJW 1957, 1707; AcP 157, 390 ff; Münzberg, a.a.O., S. 53 ff; Fikentscher, Lb., 2. Auflage, § 52 I, gegen die Lehre vom am Handlungserfolg orientierten Rechtswidrigkeitsurteil. Larenz, Lb., Bd. I, § 19 IV, S. 226 f, bejaht grundsätzlich, daß nur ein menschliches Verhalten rechtswidrig sein kann, unterscheidet aber im Anschluß an Deutsch, Fahrlässigkeit, § 11 III 2, S. 213 ff, eine handlungs- und eine rechtsgutsbezogene Rechtswidrigkeit. Bei ersterer ergebe sich die Rechtswidrigkeit aus dem Verstoß gegen eine Gebots- oder Verbotsnorm, bei letzterer beziehe das Verhalten das Rechtswidrigkeitsurteil um des Erfolgs willen, wie bei den absolut geschützten Rechten des § 823 Abs. 1 BGB.
 - 4) Neben anderen Voraussetzungen. Die gesetzliche Schuldvermutung verschiedener Sondertatbestände (§§ 836, 831 BGB) steht nicht entgegen wohl aber die Gefährdungshaftung (§ 833 BGB für Luxustiere), da diese an ein menschliches Verhalten nicht unmittelbar anknüpft, also eine unerlaubte Handlung im eigentlichen Sinn nicht voraussetzt.
 - 5) Mezger-Blei, Lb., S. 88: "Delikt bedeutet im bürgerlichen Recht, im Strafrecht und im öffentlichen Recht zunächst die unerlaubte, dem Recht widerstrebende Handlung." Larenz, Lb., Bd. II, § 65, S. 400: "eine Handlung durch die ein anderer geschädigt wurde" ist Deliktsvoraussetzung.

Die Unterlassung ist im ontologischen Sinn keine Handlung⁶⁾; denn ontologisch betrachtet ist Handlung nur die finale zweckgerichtete Tätigkeit⁷⁾. Der ontologische Handlungsbe-
griff ist aber für die Frage der Haftung für durch Unter-
lassen verursachten Schaden nicht maßgebend. Zwar muß jede
Auslegung von Gesetzen zunächst von der unscharfen vorwis-
sensschaftlichen Allgemeinvorstellung⁸⁾ ausgehen, weil der
Gesetzgeber i.d.R. die Begriffe der Alltagssprache über-
nimmt, soweit nicht spezielle juristische Eigenbegriffe zur
Verfügung stehen oder neu geschaffen werden. Die Auslegung
eines juristischen Begriffs ist aber mit der Feststellung
des unscharfen vorwissenschaftlichen Begriffsinhalts nicht
abgeschlossen. Es muß sich immer die Frage anschließen, ob
der in die Gesetzessprache übernommene Begriff mit gleichem
Begriffsinhalt zum Rechtsbegriff wurde oder ob der Begriffs-
inhalt zu einem bestimmten rechtlichen Zweck eine Verände-
rung erfahren hat.

Der Begriff der Handlung wird vom Gesetzgeber im Recht der
unerlaubten Handlung nicht ausdrücklich verwendet. Jede un-
erlaubte Handlung setzt aber ein rechtswidriges, schuldhaf-
tes menschliches Verhalten voraus, erfaßt also zumindest
das aktive Tun⁹⁾. Ob das Unterlassen dem Tun gleichzustellen
ist, wurde vom Gesetzgeber nirgends ausgesprochen¹⁰⁾. Trotz-

6) Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 9 I 2: Ontologisch
ist die Unterlassung ein nullum.

7) Maurach, Lb., Bd. I, § 15 I, 16 A I 1; Welzel, Lb., § 8;
Larenz, Lb., Bd. II, § 65 I A; Esser, Schuldrecht, 3.
Aufl., Bd. I, § 9 I 1.

8) Richtig Hildebrandt, Handlungseinheit, S. 13 ff, mit wei-
teren Nachweisen und ausführlicher Begründung.

9) Ob nur die zweckgerichtete Tätigkeit (finaler Handlungs-
begriff) oder auch jede ungewollte und unbewußte Körper-
bewegung, soweit nur die Möglichkeit der Bewußtseinskon-
trolle bestand (so Larenz, Lb., Bd. II, § 65 I a), kann
hier dahinstehen.

10) Anders der 1. Entwurf zum BGB in § 704 Abs. 1.

dem wird das Unterlassen dem Tun im Deliktsrecht¹¹⁾ gleichgestellt. Die haftungsrechtliche Gleichstellung des Unterlassens mit dem Tun erfolgt über zwei Voraussetzungen: Der Untätigbleibende muß in der Lage gewesen sein, den Erfolg abzuwenden und es muß ihm die rechtliche Pflicht obliegen, den Eintritt des Schadens zu verhindern¹²⁾.

12) Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 9 I 2.

2. Tun oder Unterlassen

Aus dem altüberkommenen Rechtsgedanken des *neminem-laedere*¹³⁾ hat die Rechtsprechung die sog. Verkehrspflichten entwickelt, die man treffender als deliktische Handlungspflichten bezeichnet, weil als Haftungsgrundlage¹⁴⁾ unmittelbar § 823 Abs. 1 BGB herangezogen wird. Wer eine Gefahrenlage schafft oder unterhält, so daß die in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte Dritter verletzt werden können, ist dem Dritten gegenüber zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er nicht die ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreift, um daraus entstehende Schäden von Dritten abzuwenden. Die rechtswidrige und schuldhaftige Unterlassung der durch die deliktischen Handlungspflichten gebotenen Maßnahmen begründet die Schadenersatzpflicht¹⁵⁾. Gegen diese Auffassung, daß bei deliktischen Handlungspflichten die Handlung ausschließlich in einem Unterlassen bestehe, wenden sich Larenz¹⁶⁾ und v. Caemmerer¹⁷⁾. V. Caemmerer weist zunächst darauf hin, daß sowohl im angloamerikanischen Recht der Tatbestand von "negligence" wie auch im französischen Recht der von "faute" durch Tun und Unterlassen erfüllt werden könne. Die in der deutschen Literatur¹⁸⁾ übliche Beschränkung der Verletzung

13) Vgl. Nirk, Skirecht, S. 46.

14) Ursprünglich auf die äquilische Klage gestützt (Urteil des Oberappellationsgerichtshofes zu Lübeck vom 18. Febr. 1871, in Seuff. Arch., Bd. 25, Nr. 128, S. 180 ff (184), seit RG v. 23. Febr. 1903, RGZ 54, 53 (56), auf § 823 Abs. 1 BGB.

15) So die st. Rspr., grundlegend RGZ 54, 53 (57): "... daß durch Unterlassung der nötigen Fürsorge eine (privatrechtliche) Haftung ...", übernommen vom BGH im Urteil v. 30. April 1953, BGHZ 9, 373 (387): "... die Unterlassung, die eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht ...", in ständiger Rechtsprechung, zuletzt BGH v. 26. Nov. 1968, VersR 69, 155 ff. V. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2. Halbb., S. 460 und in Anm. 38; Enneccerus-Lehmann, § 234 II 2, S. 945 ff; Larenz, Lb., Bd. II, 1. - 3. Aufl., § 66 I a.E.; Siber, Schuldrecht, S. 452; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., § 204, Anm. 1 a und 3. Aufl., Bd. II, § 108.

16) Larenz, Lb. ab 4. Aufl., Bd. II, § 66 I a.E.

17) V. Caemmerer, Wandlungen, in Festschr. des DJT, Bd. II, S. 74.

18) Vgl. oben die Zitate in Fußnote 15.

deliktischer Handlungspflichten auf das Unterlassen - positive Verletzungen seien ohnehin rechtswidrig, so daß man auf diese Verkehrspflichten nur bei Beurteilung der Schuldfrage zurückzugreifen brauche - sei nicht richtig. Handlungen, die einen Gefahrenzustand herbeiführten, seien verboten. Man dürfe auf seinem Grundstück kein Feuer anzünden, das übergreifen könne. Man dürfe Feuerwerkskörper nicht an Kinder verkaufen, Gifte nicht in Flaschen füllen, die sonst Getränke enthalten, Blumentöpfe nicht vor das Wohnungsfenster stellen, Lebensmittel nicht mit gesundheitsschädlichen Stoffen färben oder konservieren, Kinder, die Diphtherie gehabt hätten und noch Bazillenträger sind, nicht in die Schule schicken, keine zweipoligen Zwischenstecker herstellen, keine Sicherungen mit Draht flicken. Man dürfe nicht rechts überholen, an feuergefährlichen Plätzen nicht rauchen, im trockenen Moor keine Zigarettenreste wegwerfen, bei der Autoreparatur keine schadhafte Ersatzteile verwenden, kein Auto offen stehen lassen, so daß es zu Schwarzfahrten benutzt werden könne, durch die Dritte gefährdet werden usw. Hier überall seien allgemeine Verkehrspflichten durch positives Handeln verletzt. Verstöße durch Tun oder durch Unterlassen gingen vielfach ineinander über. Seien gefahrabwehrende Maßnahmen nicht möglich oder nicht hinreichend, so liege das Delikt in dem gefährdenden Tun. Larenz verweist auf v. Caemmerer und führt zur Begründung dieser Auffassung als Beispiel an, es sei verboten, einen Steg zu seinem Haus mit zu schwachen Brettern zu bauen.

Der theoretische Ausgangspunkt der Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen ist unstreitig. Der Verstoß gegen eine Gebotsnorm ist ein Unterlassen. Das Handeln wider eine Verbotsnorm ist ein Tun. Anknüpfend an die Begriffe Verbotsnorm und Gebotsnorm¹⁹⁾ unterscheidet man üblicherweise die

19) Ein Eingehen auf den Streit um die Normentheorie Binding's erübrigt sich hier, da für die Problemstellung nicht von Bedeutung.

echten (*delicta omissiva*) von den unechten (*delicta commissiva per omissionem*) Unterlassungsdelikten. Wenn das Gesetz ein bestimmtes menschliches Verhalten gebietet, ist die Nichtvornahme der gebotenen Handlung ein echtes Unterlassen. Der Unterschied zum unechten Unterlassen besteht darin, daß im Falle eines gesetzlichen Verbots der vom Gesetz mißbilligte Erfolg durch Nichthinderung des Erfolgseintritts "herbeigeführt" wird, obwohl eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung bestand und die Abwendung des Erfolgs dem Verpflichteten möglich und zumutbar war. Soweit die Schutzgesetze des § 823 Abs. 2 BGB ein gesetzliches Gebot enthalten oder die Amtspflicht aufgrund einer speziellen Gebotsnorm ein bestimmtes Tun gebietet, ist die Nichtvornahme der gebotenen Handlung ein echtes Unterlassen. Anders liegt es bei den übrigen Deliktstatbeständen. Ihnen liegt ein gesetzliches Verbot zugrunde. So ist z.B. die Körperverletzung oder die Ehrverletzung verboten. Die Nichtabwendung des schädigenden Erfolgs ist ein unechtes Unterlassen, wenn eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung bestand und diese dem Verpflichteten möglich und zumutbar war. Schwierigkeiten der Abgrenzung des unechten Unterlassens vom Begehen entstehen in den Fällen, in denen im Begehen Elemente des Unterlassens enthalten sind oder wenn sich - wie bei den deliktischen Handlungspflichten - die Rechtspflicht zum Handeln auf vorangegangenes Tun gründet²⁰⁾. Die Darstellung befaßt sich zunächst mit dem zuerst genannten Problemkreis, um dort allgemeine Abgrenzungskriterien zu erarbeiten, die eine begrifflich klare Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen bei den deliktischen Handlungspflichten ermöglichen.

20) Die Rspr. behandelt die deliktischen Handlungspflichten als Ausfluß gesetzlicher Zwangspflichten (vgl. RG v. 23. Febr. 1903, Seuff.Arch., Bd. 58, Nr. 233, S. 441 ff (444); RGZ 54, 53 (58)), auch wenn ein positives Schutzgesetz nicht gegeben ist. Die Verkehrs-pflichtdelikte sind deshalb immer Unterlassungsdelikte.

3. Problematik der Abgrenzung des Tuns vom Unterlassen

a) Strafrechtliche Problemfälle

Ausgangspunkt der Erörterung ist die strafrechtliche²¹⁾ Diskussion zur Abgrenzung vom Begehungs- zum unechten Unterlassungsdelikt in folgenden Problemfällen²²⁾:

- (1) Apothekerfall²³⁾: Tod eines Kindes infolge nochmaliger Aushändigung einer phosphorhaltigen Arznei durch den Apotheker (Unterlassen der Einholung eines neuen ärztlichen Rezepts).
- (2) Milzbrandfall²⁴⁾: Tödliche Infektion von Fabrikarbeitern durch chinesische Ziegenhaare, die mit Milzbrandbazillen behaftet waren (Unterlassen der Desinfektion des vergifteten Materials).
- (3) Radfahrerfall²⁵⁾: Tödlicher Verkehrsunfall infolge Fahrens mit nichtbeleuchtetem Fahrrad (Unterlassen der Beleuchtung).
- (4) Varietéfall²⁶⁾: Tod des Variété-Besuchers durch mißglückten Trapezsprung infolge ungeeigneter Haltevorrichtungen und wahrheitswidriger Auskünfte (Bereitstellung eines nicht zweckdienlichen Haltegeräts und Unterlassen wahrer Angaben).

21) Dieses Vorgehen ist zulässig. Obwohl wesentliche Unterschiede zwischen Strafrecht und zivilem Deliktsrecht bestehen, knüpft die rechtliche Behandlung des unechten Unterlassens als Handlung an die gleichen Voraussetzungen an, so daß sich die Unterlassung als ein beiden Rechtsgebieten gemeinschaftlicher Begriff darstellt.

22) Fallzusammenstellung s. Spendel, Festschrift E. Schmidt, S. 183 f.

23) RG v. 20. Dez. 1886, RGSt 15, 151 ff.

24) RG v. 23. Apr. 1929, RGSt 63, 211 ff.

25) RG v. 20. Jan. 1930, RGSt 63, 392 ff.

26) OLG Braunschweig v. 29. Aug. 1947, SJZ 1949, Sp. 130.

- (5) Lastzugfall²⁷⁾: Tod eines betrunkenen Radfahrers (mit Blutalkohol von 1,96 pro mille absolut fahruntüchtig), der von einem Lastzug in zu geringem Abstand von 75 cm überholt und überfahren wurde (Unterlassen des gebotenen Abstandes).
- (6) Typhusfall²⁸⁾: Tod durch typhusverseuchtes Wasser, das der A dem B zu trinken gibt ohne es abzukochen und ohne den B zu warnen (Unterlassen des Abkochens und der Warnung).

Diese Fälle sind für die Abgrenzung des Begehungs- vom unechten Unterlassungsdelikt deshalb von Interesse, weil bei Annahme eines unechten Unterlassungsdelikts entweder eine Rechtspflicht zum Handeln nicht zu begründen ist (z.B. Typhusfall^{28 a)}, Radfahrerfall^{28 b)}) oder weil wegen Eintritts des gleichen Erfolgs auch bei Vornahme der geforderten Handlung die Kausalität²⁹⁾ nach der Bedingungstheorie entfällt (Lastzugfall^{29 a)}, Apothekerfall^{29 b)}, Milzbrandfall^{29 c)}, Varietéfall^{29 d)}). Die Begehungsform

27) BGH v. 25. Sept. 1957, BGHSt 11, 1 ff.

28) Aus Maurach, Lb., Bd. I, § 45 I C 3.

28 a) Nach Maurach, a.a.O., besteht keine Fürsorgepflicht.

28 b) Das RG verneinte im konkreten Fall die Rechtspflicht des 1. Radfahrers, der vor dem 2. Radfahrer herfuhr, durch die Beleuchtung seines Rades einem Dritten auf den hinter ihm fahrenden 2. Radfahrer aufmerksam zu machen.

29) Die unterlassene Handlung ist nach der positiven c.s.q.n.-Formel hinzuzudenken, vgl. Spengel, a.a.O., S. 185; Maurach, Lb., Bd. I, § 45 III B 1.

29 a) Der Radfahrer wäre auch bei Einhaltung des gebotenen Abstandes unter den Lastzug gestürzt und überfahren worden.

29 b) So das RG, a.a.O., da der Arzt nach den Kenntnissen seiner Zeit die Arzneimittelverordnung erneuert und die Fortsetzung der Heilbehandlung auch unter Aufsicht des Arztes zum Tode geführt hätte (vgl. unten, S. 39 f).

29 c) So das Berufungsgericht, weil die zulässigen Desinfektionsverfahren die Keimfreiheit von Milzbrandbazillen nicht gewährleisten. Der Erfolg wäre auch bei Durchführung der Desinfektion eingetreten.

29 d) Das Erstgericht (LG) verneinte die Kausalität, weil der Varietéinhaber ein Auftrittsverbot erlassen hatte und mit einer Übertretung nicht rechnen konnte.

entscheidet über die Strafbarkeit und über die Schadensersatzpflicht³⁰⁾, weil auch die zivilrechtliche Adäquanztheorie³¹⁾ von der condicio-sine-qua-non-Formel ausgeht. Die Adäquanztheorie sagt über die Ursächlichkeit nichts aus, sondern begrenzt lediglich die Haftung auf die zurechenbaren Folgen³²⁾. Die Frage der Haftungsbegrenzung ist nicht (mehr) aktuell, wenn bereits die Kausalität zu verneinen ist. Daraus folgt gleichzeitig, daß mit Kausalitätsüberlegungen diese Frage nicht entschieden werden kann, vor allem dann nicht, wenn Tun und Unterlassen - wie es in diesen Fällen immer ist - im historischen Geschehensablauf zeitlich vor dem Eintritt des Schadenserfolges liegen, so daß das Tun wie das Unterlassen causa des Erfolges sein kann.

b) Lösungsversuche in der Literatur

Spendel³³⁾ versucht die Abgrenzung mit der natürlich-sozialen Anschauung des täglichen Lebens durchzuführen. Für eine objektiv natürliche Anschauung sei unter Berücksichtigung der Tatsachen sehr wohl immer eindeutig festzustellen, ob ein menschliches Verhalten als aktives Tun oder als passives Unterlassen zu bestimmen sei. Das mag in eindeutigen Situationen stimmen, wie die von Spendel - auch von Spendel als unzweifelhaft - angeführten Fälle zeigen: der Raufbold, der brutal auf einen Anderen einschlägt (Handlung), ist zugleich einer Schlägerei nicht aus dem Wege gegangen (Unterlassen), oder die Mutter, die

30) Soweit im Übrigen die Voraussetzungen eines Tatbestands der unerlaubten Handlung vorliegen.

31) Im Zivilrecht herrschend, vgl. Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 44 III; Larenz, Lb., Bd. I, § 14 III b.

32) Bydlinski, Schadensverursachung, S. 4 ff und Larenz a.a.O., bezeichnen die Adäquanztheorie daher als Pseudokausalitätstheorie. Eine weitere Haftungsbegrenzung erfolgt über die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang, vgl. unten, S. 37 ff.

33) A.a.O. (Fußnote 22), S. 192.

ihrem Säugling keine Nahrung gibt und ihn verhungern läßt (Unterlassen), hat sich stattdessen auf Tanzböden herumgetrieben (Handlung). Es steht außer Zweifel, daß die Zuordnung des Handlungserfolges zum Tun oder zum Unterlassen in diesen Fällen von jedermann richtig vorgenommen werden kann und auch wird. Nur in den Grenzfällen ist mit einer objektiv natürlichen Anschauung die Zuordnung nicht eindeutig vorzunehmen; denn sonst bestünde in der Wissenschaft kein Streit³⁴⁾ über die Behandlung dieser Grenzfälle. Baumann³⁵⁾ möchte an die letzte selbständige Ursache anknüpfen, die zeitlich vor dem Eintritt des Erfolges liegt. Ist die letzte selbständige Ursache ein Tun, liege ein Begehungsdelikt vor, ist sie ein Unterlassen, so sei es ein unechtes Unterlassungsdelikt. Welche Ursachen im historischen Geschehensablauf jedoch als selbständige anzusprechen sind und welche nicht, darüber schweigt Baumann. Auch das von Baumann gebildete Beispiel - eine Frau läßt einen bissigen Hund zusammen mit einem Kleinkind allein in der Wohnung zurück, ohne das Kind zu sichern - bietet keine Lösung. Nach Baumann liegt ein unechtes Unterlassungsdelikt vor, wenn der Hund das Kind anfällt; denn die letzte selbständige Ursache sei das Unterlassen der Sicherung. Baumann übersieht jedoch, daß die letzte Ursache sicher nicht das Unterlassen der Sicherung ist; denn betrachtet man den historischen Geschehensablauf, so faßte die Frau zunächst den Entschluß, aus dem Haus zu gehen, sie faßte weiter den Entschluß, Kind und Hund allein in der Wohnung

34) Mezger, Lb., Bd. I, § 27 bis zur 9. Aufl. und Exner, Frank-Festgabe I, S. 585 ff, sehen z.B. im Milzbrandfall in der Übergabe nicht desinfizierter Ziegenhaare zur Verarbeitung ein unechtes Unterlassen; Blei, in Mezger-Blei, § 27 II, S. 79, Maurach, Lb., Bd. I, § 45 I C 3 und Spindel, a.a.O., ein Begehungsdelikt.

35) Baumann, Lb., Bd. I, § 16 II 4 d.

zurückzulassen und erst dann hat die Frau die Wohnung verlassen. Die Sicherung des Kindes hätte als gebotene Handlung jedenfalls vor dem Verlassen der Wohnung erfolgen müssen. Das Verlassen der Wohnung ist die letzte Ursache. Und trotzdem knüpft Baumann den Erfolg an das logisch und zeitlich vorausgehende Unterlassen an. Wegen der Gleichwertigkeit aller Erfolgsbedingungen läßt sich auch nicht einwenden, im Verlassen der Wohnung liege keine Ursache. Nach der Fallgestaltung fiel der Hund das Kind nur in und wegen Abwesenheit der Frau an.

Die Auffassung Maurachs³⁶⁾, daß unter komplexer Betrachtung des Gesamtvorganges derjenigen Beurteilung der Vorzug zu geben sei, die den Strafgehalt voll ausschöpfe wie die Meinung des BGH³⁷⁾, daß der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit für die Frage maßgebend sei, ob ein Tun oder Unterlassen für den Erfolg ursächlich war, stellen auf kriminalpolitische Erwägungen ab.

Die Abgrenzung des Tuns vom Unterlassen kann m.E.³⁸⁾ grundsätzlich nicht nach kriminalpolitischen Erwägungen erfolgen. Steht z.B. fest, daß ein bestimmter Erfolg durch ein aktives Tun herbeigeführt wurde, so kann der Erfolg keinem Unterlassen zugeordnet werden, es sei denn, der Gesetzgeber hat die Ursache-Erfolgsverknüpfung ausdrücklich abweichend geregelt.

Bevor jedoch Kriterien der Zuordnung eines Erfolges zu einem Tun oder Unterlassen herausgearbeitet werden, sind die Auswirkungen eines Unterlassens auf die Kausalität eines gleichzeitigen oder vorangegangenen Tuns zu prüfen.

36) Maurach, Lb., Bd. I, § 45 I C 3.

37) BGH v. 17. Febr. 1954, BGHSt 6, 46 (59).

38) Ganz abgesehen von der Gefahr, aus einer subjektiven Überzeugung von der "Strafwürdigkeit" diejenige Begehungsform als Erfolgsursache zu behandeln, die die Strafbarkeit - resp. im Zivilrecht die Schadenersatzpflicht - begründet.

4. Gleichzeitiges und nachfolgendes Unterlassen

Der BGH hat im Lastzugfall^{38 a)} ausgeführt: "Natürlich war die Fahrweise des Angeklagten eine Bedingung im mechanisch naturwissenschaftlichen Sinn. Damit ist aber nicht gesagt, daß die in seinem Verhalten steckende Verkehrswidrigkeit, das zu knappe Überholen, für die Herbeiführung des Tötungstatbestandes gemäß § 222 StGB im strafrechtlichen Sinn ursächlich war." Hier muß die Kausalitätstheorie eine Begründung tragen, die sie nicht tragen kann. Es steht außer Zweifel, daß das zu knappe Überholen Bedingung i.S.d. conditio-sine-qua-non ist. Sie ist es auch im Sinne der im Zivilrecht (noch) herrschenden Adäquanztheorie, und zwar sowohl im Sinne des RG³⁹⁾ nach der objektiven Betrachtung ex ante wie im Sinne des BGH⁴⁰⁾ nach der objektiv nachträglichen Prognose. Das zu knappe Überholen war nach der objektiven Betrachtung ex ante seiner allgemeinen Natur nach nicht ganz irrelevant; denn nach menschlichem Erfahrungswissen kann ein zu knappes Überholen eines Radfahrers diesen generell irritieren. Der eingetretene Schaden beruht außerdem nicht auf einer außergewöhnlichen Verkettung der Umstände. Nach der objektiv nachträglichen Prognose hat das zu knappe Überholen die objektive Möglichkeit einer Irritierung des Radfahrers und seines Sturzes unter den Anhänger des Lastzugs generell in nicht unerheblicher Weise erhöht. Die Verneinung der Ursächlichkeit verdeckt die richtige Fragestellung, ob der Erfolg dem Tun (Überholen in zu geringem Abstand) oder dem gleichzeitigen Unterlassen (Nichteinhalten eines ausreichenden Abstan-

38 a) BGH v. 25. Sept. 1957, BGHSt 11, 1 (7).

39) RG v. 22. Juni 1931, RGZ 133, 126 (127); v. 19. Nov. 1938, RGZ 158, 388 (392); v. 25. Nov. 1941, RGZ 168, 86 (88); v. 30. März 1942, RGZ 169, 84 (91). Vgl. auch Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 44 III 1 c.

40) BGH v. 23. Okt. 1951, BGHZ 3, 261 (266 ff); v. 8. Febr. 1952, LM § 126 HGB, Nr. 1 (Bl. 2, Rückseite); v. 8. Juli 1953, LM § 249 BGB, [Bb], Nr. 2; v. 15. April 1953, LM § 249 BGB, [Ba], Nr. 8.

des) zuzuordnen ist. Die "Komplexität" der Handlung bleibt hier zunächst außer Betracht^{40 a)}. Es ist nur die Frage zu klären, ob ein Unterlassen - als selbständige Handlung oder als Bestandteil einer Handlung - die Kausalität eines gleichzeitigen oder vorangegangenen Tuns zu beseitigen, bzw. ob das Unterlassen einen durch aktives Tun intendierten Geschehensablauf zu unterbrechen vermag. Nur ein Unterlassen, das einen bereits intendierten Geschehensablauf unterbricht und damit den Eintritt des Erfolgs hindern kann, kann Erfolgsursache sein. Kann ein Unterlassen einen durch gleichzeitiges oder vorangegangenes Tun intendierten Geschehensablauf nicht unterbrechen, ist es nicht nur "methodisch" unzulässig⁴¹⁾, bei der Prüfung der Kausalität nach der c-s-q-n-Formel die im tatsächlichen Geschehen nicht verwirklichte Ersatzhandlung hinzuzudenken. Für eine Prüfung der Kausalität des Unterlassens bleibt kein Raum.

Schon die natürliche Betrachtungsweise muß die Bedeutung einer kausalen Unterlassung für die Kausalität eines vorangegangenen oder gleichzeitigen Tuns verneinen. Die Kausalität eines Tuns bleibt von einem gleichzeitigen oder nachfolgenden Unterlassen unberührt. Dieses Ergebnis beruht auf dem Wesen der juristischen Kausalitätstheorie; denn die Frage nach der Ursache eines bestimmten Erfolges kann nur zu dem Ergebnis führen, aus der Vielzahl der Erfolgsbedingungen im historischen Geschehensablauf im Wege des Eliminierungsverfahrens diejenigen herauszugreifen, die kausal waren. Das kann aktives Tun und passives Unterlassen in einer Vielzahl von Gliedern der Kausalkette sein; denn die Kausalkette geht "in einem sehr wirklichen Sinne ... vorwärts bis in alle Ewigkeit und rückwärts bis zum Anfang der Welt."⁴²⁾

40 a) Dazu unten S. 27 ff.

41) So Spendel, a.a.O., S. 187.

42) Prosser, Kausalzusammenhang, S. 34.

Betrachtet man im Lastzugfall den Geschehensablauf, so läßt sich feststellen, daß das Unterlassen den Eintritt der Erfolgsbedingung generell gefördert hat. Hätte der Lastzugfahrer einen ausreichenden Abstand eingehalten, wäre möglicherweise der Radfahrer nicht in solchem Ausmaße irritiert worden. Er hätte möglicherweise das Schwanken des Fahrrades so lange ausgleichen können, bis der Lastzug vorbei war. Er wäre vielleicht zwar auch gestürzt - nach dem Sachverständigen-gutachten sogar wahrscheinlich - aber vielleicht doch erst nach Abschluß des Überholvorganges. Ein gleichzeitiges oder nachfolgendes Unterlassen kann zwar den Erfolgseintritt fördern, aber niemals das Bewirken des Erfolges hindern; denn das Unterlassen ist ex definitione die Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung notwendigen Handlung, um den auf einen bestimmten Erfolg tendierenden Geschehensablauf zu unterbinden. Nur ein gleichzeitiges oder späteres Tun kann den durch ein gleichzeitiges oder vorangegangenes Tun intendierten Geschehensprozeß so steuern, daß der Erfolg nicht eintritt⁴³⁾.

43) Reinecke, Verantwortung, S. 16, weist zu Recht darauf hin, daß der Geschehensablauf ein dynamischer Prozeß ist und nicht etwas Statisches. Erst die Abstraktion des Prozeßhaften läßt die Veränderung im Geschehensablauf statisch als Erfolg, die darin liegende Bewegung als Ursache begreifen. Zum Verständnis der hier zu erörternden Problematik ist die Beachtung des Kausalprozesses in seiner Dynamik nicht erforderlich, wohl aber für den Streit, ob die Kausalität Seinskategorie oder Denkkategorie ist. Vgl. dazu Watermann, Ordnungsfunktionen, S. 33 ff. Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 25 ff, stellt klar, daß der Erfolgsbegriff erst das Ergebnis einer Wertung ist und daß nur die Erfolge interessieren, die Anlaß geben, über Recht oder Unrecht bzw. Haftung zu entscheiden. Vgl. dazu auch unten, S. 122 ff.

5. Zuordnungskriterien

Handlung und Kausalität sind keine spezifisch juristischen Eigenbegriffe⁴⁴⁾. Mit Traeger⁴⁵⁾ besteht noch heute im jur. Schrifttum⁴⁶⁾ Übereinstimmung, daß der Kausalbegriff dem Naturgeschehen angehört. Er ist kein spezifisch rechtlicher Begriff, sondern ein allen Wissenschaften - geistigen und Naturwissenschaften - gemeinsamer. Er ist ein erkenntnistheoretischer Begriff, eine sog. Grundkategorie⁴⁷⁾ unseres Denkens. Der Kausalbegriff im Rechtssinne gründet sich auf den naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff⁴⁸⁾. Aber auch der Begriff der Handlung ist a priori kein juristischer Eigenbegriff, wie der Streit um den Handlungsbegriff beweist. Esser⁴⁹⁾ weist zu Recht darauf hin, daß der haftpflichtrechtliche Handlungsbegriff ein juristischer Zweckbegriff ist.⁵⁰⁾ Darüber besteht wohl unter allen Vertretern der verschiedenen juri-

44) Das Unterlassen ist, soweit es dem Tun gleichgestellt wird, ein jur. Eigenbegriff, vgl. oben, Seite 2.

45) Traeger, Kausalbegriff, S. 4.

46) Vgl. Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 44 II; Larenz, Lb., Bd. I, § 14 III b, S. 156.

47) Vgl. Larenz, Lb., Bd. I, § 14 III b; Leonhard, Kausalität, S. 2; Welzel, Lb., S. 35; die Bezeichnung Kategorie stammt v. Kant, Kritik der reinen Vernunft, S. 125, der insgesamt 12 Kategorien aufstellt, die nach Kant dem menschlichen Verstand immanente Ordnungsfunktionen darstellen, die das Erfahren der Umwelt erst ermöglichen. Vgl. Watermann, S. 33 ff.

48) Das kennzeichnet der BGH im Urteil v. 17. Okt. 1955, BGHZ 18, 286 (288) dahin, daß der Zweck der Adäquanztheorie darin besteht, "mit einer wertenden Beurteilung aus der Vielzahl der Bedingungen im naturwissenschaftlich philosophischen Sinn" die rechtsunerheblichen auszuschalten.

49) Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 9 I 1. Ebenso Münzberg, a.a.O., S. 23 ff, ohne zum Streit um die Handlungstheorien Stellung zu nehmen, mit weiteren Nachweisen in Fußn. 33 ff. Er weist zu Recht darauf hin, daß es auch sanktionsloses rechtswidriges Verhalten gibt (a.a.O., S. 67 ff).

50) Das erkennt im Ergebnis auch Larenz (Lb., Bd. II, § 65 I a) an, wenn er betont, daß der juristische Handlungsbegriff weiter sei als der philosophische. Larenz hat seine Auffassung in Festschrift f. Dölle, Bd. I, S. 182 präzisiert (vgl. unten, S. 107 ff).

stischen Handlungslehren Einigkeit. Streit herrscht jedoch darüber, in welchem Umfang die ontologische Handlung zur Erfüllung juristischer Zwecke einer Korrektur durch Eliminierung bestimmter oder Aufnahme zusätzlicher, außerhalb der ontologischen Handlung stehender, rechtlich relevanter Elemente bedarf. Wenn also die ontologische Handlung und die ontologische Kausalität die Grundlagen der juristischen Handlung und der juristischen Kausalität sind, ist es gerechtfertigt, zunächst die Zuordnungskriterien eines bestimmten Erfolges zur ontologischen Handlung zu erörtern und erst im Anschluß daran die für den juristischen Handlungsbegriff notwendigen Korrekturen vorzunehmen.

a) Die ontologische Struktur der Determination in den Seinsschichten

(1) Kausalnexus - Finalnexus - Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg

Wir wissen um die Naturgesetzlichkeit des realen Seins, die sich in der klassischen Physik in dem Erfahrungssatze niederschlug, die Natur ist so beschaffen, daß vom gegenwärtigen Zustand eines Systems auf die zukünftigen Zustände geschlossen werden kann und in der Erhebung zum ontologischen Seinsprinzip gipfelte: Kraft, Stoff und mechanische Kausalität lieferten die Grundlagen des mechanisch-materialistischen Weltbildes. In dieses Weltbild wurde auch der Mensch als biologisches und geistiges Wesen eingeordnet. Dies führte zur völligen Negierung jeglicher Freiheit im Bereich des geistigen Seins. Auch der Mensch ist nach dieser Auffassung absolut kausaldeterminiert.

Dieser mechanistische Kausalitätsbegriff wurde von den Forschungsergebnissen der modernen Physik als unhaltbar erwiesen. Den Anfang machte die Einstein'sche Relativitätstheorie. Einstein wies nach, daß sich das physikalische Geschehen in einem vierdimensionalen Raum - Zeit - Kontinuum abspielt, wobei die Raum- und

Zeitkoordinaten dieses Systems keine objektive Bedeutung besitzen, weil die Zeit nicht absolut ist, wenn es sich um Geschwindigkeiten handelt, die der Lichtgeschwindigkeit gleichkommen⁵¹⁾. Die Planck'sche Quantentheorie bewies, daß Strahlungsenergien nur in diskontinuierlichen Energiequanten abgegeben werden. Damit war einer der Grundpfeiler des mechanistischen Kausalitätsbegriffs erschüttert: die Kontinuität des Kausalprozesses. Im subatomaren Bereich treten die Elemente des Atoms einmal als Teilchen, ein andermal als Wellen in Erscheinung. Die Frage nach ihrer tatsächlichen Eigenschaft läßt sich im absoluten Sinn nicht beantworten. Die jeweilige Erscheinungsform ist von der Wahl des Experiments abhängig. Damit sind die Begriffssysteme von Raum und Zeit einerseits und von Impuls und Energie andererseits im subatomaren Bereich nicht mehr gleichzeitig anwendbar, weil die ihnen zugeordneten Erscheinungsformen von Teilchen und Welle als einander komplementär sich gegenseitig ausschließen. Der Grad der Genauigkeit der Kenntnis des einen Zustandes bedingt den Grad der Ungenauigkeit der Kenntnisse des anderen. Diese Ergebnisse fanden in den Heisenberg'schen Unbestimmtheitsrelationen ihren Niederschlag.

Der klassische naturwissenschaftliche Begriff der Kausalität als realer Wirkungszusammenhang, der empirisch aus Einzelerfahrung entwickelt, für bestimmte Gebiete im naturwissenschaftlichen Bereich experimentell belegt und durch Abstraktion zur Gesetzmäßigkeit erhoben ist, gilt nur im makrokosmischen Bereich, in dem er verifizierbar ist. Im mikrokosmischen Bereich gilt eine besondere Gesetzlichkeit statistischer Wahrschein-

⁵¹⁾ Vgl. Einstein, Evolution, S. 134 ff; Heisenberg, Naturbild, S. 32 ff.

lichkeiten. Einer Berichtigung des naturwissenschaftlichen Kausalitätsbegriffes für den makrokosmischen Bereich bedarf es jedoch nicht, weil hier die Energien groß und die Zeiten lang sind im Vergleich zu denen atomarer Vorgänge, so daß "die statistischen Gesetze der Atomphysik zu Wahrscheinlichkeiten führen, die mehr und mehr Gewißheiten gleichkommen und die akausalen Züge der Atomtheorie ohne Bedeutung sind und in der Ungenauigkeit untergehen, mit der zwangsläufig Fragen über sehr große Vorgänge gestellt werden"⁵²⁾.

Wir wissen, daß die Kausalität auch im organischen Bereich ihre Wirkung entfaltet. Jedoch gibt es hier spezifische Steuerungs- und Regulationsprozesse, die mit kausalen Kriterien allein nicht zu erklären sind. Die Organismen leben im Bereich der makrophysikalischen Oberwelt. Soweit sie als Objekt in das Kausalgeschehen einbezogen sind, unterliegen die Organismen auch der Kausalität. Makrobiologische Großvorgänge werden vielfach von mikrophysikalischen Geschehensabläufen gesteuert⁵³⁾. Die mikrophysikalische Indeterminiertheit (Gesetzlichkeit der statistischen Wahrscheinlichkeit) schlägt in das biologische Geschehen durch, wie die Erbforschung bewies: mikrophysikalische Veränderungen in den Genen bewirken Mutationen mit nachhaltiger Beeinflussung der Entwicklung des Organismus und seiner Nachkommenschaft "so daß organisches Leben tatsächlich nicht anders möglich erscheint, als unter Ausnutzung jener Lücken der kausalen Determiniertheit, welche durch das Wirkungsquantum eröffnet wird"⁵⁴⁾.

52) Oppenheimer, Wissenschaft, S. 49; ebenso z.B. Heisenberg, Naturbild, S. 30; Einstein, Evolution, S. 195.

53) Auf dieser Möglichkeit einer kausalen Beeinflussung biologischer Großvorgänge beruht letzten Endes die medizinische Therapie.

54) Jordan, Geheimnis, S. 58, 59.

Die Physiologie⁵⁵⁾ erkannte, daß sich der Organismus aus determinierten und indeterminierten Untersystemen aufbaut, so daß man die Reaktion des Organismus auf einen bestimmten Reiz voraussagen kann. Im Genapparat sind die wichtigsten Funktionsregeln der Reaktion präformiert, während die spezifischen Reaktionsweisen unter dem Einfluß der Umwelt epigenetisch erst entstehen.

Die Verhaltensforschung⁵⁶⁾ ergab, daß bei sozialen Tieren hochkomplizierte biologische Systeme das Verhalten bestimmen, die ausschließlich auf der Funktion endogen-automatischer Bewegungsabläufe, angeborener Mechanismen und Reizauslöser aufgebaut sind. Geistige Leistungen und Erworbenes spielt dabei eine verschwindend geringe Rolle. Dennoch zeigen diese Verhaltensweisen weitestgehende Analogien zum vernunftmäßig-moralischen Verhalten des Menschen. Die auch beim Menschen feststellbaren endogen-automatischen Verhaltensweisen sind infolge seiner Domestikation weitgehend verkümmert. Dem Ausfall angeborener auslösender Mechanismen und bestimmter starr automatischer Bewegungsweisen verdankt der Mensch die für ihn konstitutiven Freiheitsgrade des Handelns.

Auf diesen Erkenntnissen aufbauend weist Nicolai Hartmann⁵⁷⁾ neue Wege der Ontologie. Das reale Sein ist aufgebaut aus vier Seinsschichten: Das sind die Schichten des Anorganischen, des Organischen, des Seelischen und des Geistigen. Die einzelnen Schichten

55) Vgl. Wieser, Organismen, S. 83 ff.

56) Vgl. Lorenz, Verhalten, Bd. II, S. 148 ff.

57) N. Hartmann, Neue Wege, S. 231 ff.

stehen in bestimmten gesetzmäßigen Beziehungen zueinander. Die höheren Schichten setzen die Existenz der untergeordneten Schichten voraus. Jeder Seinsschicht sind spezifische Grundstrukturen eigen, die zu erkennen den verschiedenen Zweigen der Wissenschaft vorbehalten ist. Den Grundstrukturen entsprechen die den Seinsschichten zugeordneten Kategorien. Die Kategorien sind nicht ausschließlich auf eine bestimmte Seinsschicht beschränkt. Sie können auf die höhere Seinsschicht übergreifen. Bei ihrem Übergreifen auf höhere Seinsschichten wandeln sich die übergreifenden Kategorien ab. Sie werden vom Charakter der höheren Seinsschicht überformt. Was unverändert fortwirkt ist stets nur ein kategoriales Grundmoment.

Im anorganischen Bereich wirkt die Kausalität als maßgebende Determinationsform. Die Kausalität ist nicht auf den anorganischen Bereich beschränkt. Sie greift über auf die höheren Seinsschichten. Mechanische Kräfte können z.B. auf das vegetative Nervensystem des Menschen einwirken und einen Schock verursachen und dadurch in einem Schreckerlebnis einen Einfluß auf die Psyche des Betroffenen ausstrahlen. Ebenso können mechanische Reize des zentralen Nervensystems, z.B. grelles Licht, ohne Kontrolle durch das personale Selbst motorische Reflexbewegungen auslösen. Diese Wirkungen in den höheren Seinsschichten sind mit dem mechanischen Bewirken durchgehend kausalverknüpft. Die Determinationsform des organischen Bereichs ist andersartig als die Kausalität. Ihre Charakteristika sind aktive Formgebung, Selbstregulation, Zeugung und Erbllichkeit. Der Bereich des Seelischen⁵⁸⁾ ist gekennzeichnet durch die spontanen

58) Rothacker, Schichten, unterscheidet mehrere Schichten der seelischen Struktur des Menschen. Die vitale, vegetative und emotionale Schicht mit den ihr eigenen Antriebskräften.

Eigentendenzen des Seelenlebens. In der Seinsschicht des Geistigen herrscht als spezifische Determinationsform die Finalität, die das ganze Reich des bewußten Tuns einschließlich des sittlichen Wollens und Handelns umfaßt. Die Finalität setzt die Kausalität als andersartige Determinationsform voraus. Die Möglichkeit finalen Handelns beruht auf der Fähigkeit des Menschen, die Folgen seines Tuns im beschränkten Umfang vorauszusehen und seinem Handeln eine Zielsetzung zu geben, indem er sich der vorgegebenen Kausalkategorien bedient zur zwecktätigen Steuerung. Nic. Hartmann⁵⁹⁾ stellt dies so dar: "Man muß sich jener drei Etappen erinnern, in denen sich der Finalnexus vollzieht. Die Zwecksetzung und die rückläufige Selektion der Mittel spielen im Bewußtsein, weil nur ein Bewußtsein in Gedanken dem Zeitlauf vorgreifen und gegen ihn rückwärts schreiten kann. Die dritte Etappe aber ist ein Realprozeß der rechtläufig in der Zeit verläuft: die Verwirklichung des Zweckes durch dieselbe Reihe der Mittel nur in umgekehrter Folge. Und mehr noch, dieser Realprozeß ist ein einfacher Kausalprozeß. Denn in ihm bewirken die Mittel den Zweck; sie bilden jetzt eine kausale Ursachenkette und auf eben diese Wirkung hin sind sie ausgelesen. Der Kausalnexus ist somit nicht nur Bedingung des Finalprozesses, sondern auch in dessen dritter Etappe in ihn aufgenommen. Daß aber die beiden ersten Etappen ihm vorausgehen, macht die Überformung aus, die er im Finalnexus erfährt"⁶⁰⁾.

59) Nic. Hartmann, *Ontologie*, S. 300.

60) Im Ergebnis ebenso Rothacker, a.a.O., wenn er die Überlagerung der seelischen Schichten von der ichbewußten Personenschicht betont und darstellt, daß in diesem Regulationszentrum die Antriebe der unteren Schichten überformt und in bewußte Handlungen umgesetzt werden.

(2) Zuordnungskriterien des Erfolgs zur Handlung

(a) Vorsätzliche Handlung

Ziehen wir aus diesen Erkenntnissen die Schlußfolgerung, so müssen wir feststellen, daß der Zweckzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg maßgebliches Zuordnungskriterium ist. Das ist bereits empirisch erkannt gewesen, wenn Eb. Schmidt⁶¹⁾ in den aufgezeigten Problemfällen ausführt, daß der Erfolg immer dem Tun zuzuordnen ist, wenn er willentlich herbeigeführt wurde. Das heißt nichts anderes, als daß der Finalnexus den Kausalnexus überformt. Die gleiche empirische Erkenntnis liegt den Ausführungen Langes⁶²⁾ zugrunde, daß im Schleusenfalle⁶³⁾ der Untergang des danebenliegenden Schiffes dem anderen Schiffer zuzuordnen und zuzurechnen gewesen wäre, wenn dieser die Breite seines Kahnés absichtlich zu niedrig angegeben hätte, um den Kahn seines Feindes zum Vollaufen zu bringen, indem er dessen Danebenlegen, Schieflegen, die Auf-

61) Eb. Schmidt, Arzt, S. 79; ihm folgend Spendel, Festschrift, a.a.O., S. 193. Eb. Schmidt bringt den Fall, daß eine Frau beim Wohnungsputz eine Schale mit Fliegengift auf den Boden stellt und das in der Wohnung spielende Kleinkind das Gift trinkt.

62) AcP 156, 114 ff (121 Fußnote 42).

63) BGH v. 23. Okt. 1951, BGHZ 23, 261 ff: durch unrichtige Angabe der Schiffsbreite wurden zwei Schiffe gleichzeitig in die Schleusenkammer nebeneinandergelegt, die sich beim Absenken des Wassers infolge konischer Verjüngung der Schleusenbreite nach unten verklemmten, so daß eines durch Fehlverhalten des Bedienungspersonals und Versagen der Pumpen schließlich sank.

regung des Schleusenpersonals und die weitere Entwicklung eiskalt berechnet⁶⁴⁾. Daraus ergibt sich weiter, daß die Zuordnungsgesichtspunkte des Rechts bei Vorliegen eines Zweckzusammenhangs zwischen Handlung und Erfolg die gleichen sind wie die der ontologischen Betrachtung. Andersartige Erwägungen sind der gesetzlichen Regelung nicht zu entnehmen⁶⁵⁾, 65 a), 65 b).

Es läßt sich weiter nachweisen, daß eine Überformung des Kausalnexus durch den Finalnexus nicht möglich ist, wenn die zur Erfolgsverwirklichung eingesetzten kausalen Mittel objektiv nicht Kausalursache des Erfolgs sein können. Die Finalität des zweckgerichteten Tuns allein kann den Zweckzusammenhang zwischen Erfolg und Handlung nicht begrün-

64) Mit Mitleid hat die Zuordnung entgegen der Ansicht Langes nichts zu tun, obwohl in der Praxis u.U. derartige Erwägungen Grund sein können, die nur empirisch erfaßte Kausalität zu bejahen oder zu verneinen; vgl. BGHSt 11, 1 ff, wo wie Spendel richtig erkannte, die Kausalitätsfrage mit der Rechtsfrage und Schuldfrage vermengt ist, weil man aus einem Billigkeitsgefühl heraus, dem Kraftfahrer keinen Vorwurf machen zu können glaubt.

65) Zu Recht weist Reinecke, Verantwortung, S. 13 darauf hin, daß die Frage des Zusammenhangs von der Frage der Verantwortlichkeit zu trennen ist. Während rechtlicher und ontologischer Zusammenhang vielfach identisch sind (zumindest bei Handlungen), unterliegt die Frage der Verantwortlichkeit rein rechtlichen Gesichtspunkten.

65a) Das Gesetz kann selbstverständlich Ausnahmen statuieren, wie z.B. § 287 S. 2 BGB für alle weiteren Folgen aus Schuldnerverzug.

65b) Die reine Erfolgsverursachung genügt nicht für die Zuordnung des Erfolgs zur Handlung, vgl. Larenz, Rechtswidrigkeit, a.a.O., S. 187: Beispiel des Arzneimittelproduzenten, der den Tod auch dann verursacht, wenn dieser auf der Einnahme einer Überdosis einer ordnungsgemäß bezogenen Arznei beruht (vgl. unten S. 59 f).

den, weil mit den Worten Nic. Hartmann's der Kausalnexus nicht nur Bedingung des Finalprozesses, sondern in der dritten Etappe wesentlicher Bestandteil ist. Fehlt der Kausalnexus innerhalb der zweckgerichteten Erfolgsverwirklichung, besteht auch kein Zweckzusammenhang aufgrund des Finalnexus'.

(b) Fahrlässiges Tun

Kausalität und Finalität entscheiden auch über die Zuordnung des Erfolges zur fahrlässigen Handlung. Die finale Handlungslehre⁶⁶⁾ des Strafrechts hat klargestellt, daß der Wesensunterschied zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Erfolgsverwirklichung darin besteht, daß bei Vorsätzlichkeit der Wille auf den Erfolg final zweckgerichtet ist, während bei fahrlässigem Handeln die finale Steuerung auf einen (straf-)rechtlich irrelevanten Erfolg gerichtet ist, wobei ein Teilakt der Erfolgsverwirklichung ursächlich wird für den rechtlich relevanten Handlungserfolg. Der Finalnexus überlagert mit anderen Worten in gleicher Weise wie bei vorsätzlicher Erfolgsverwirklichung den Kausalnexus und stellt den Zusammenhang zwischen Handlung und rechtlich irrelevantem Erfolg her. Im Realprozeß der dritten Etappe des Finalnexus' liegt die Ursache zum rechtlich relevanten Erfolg. Der Finalnexus verbindet im Zweckzusammenhang die Handlung mit dem Teilakt der Erfolgsverwirklichung, der Ursache des fahrlässig herbeigeführten Erfolgs ist. Der rechtlich relevante Erfolg ist mit dem auslösenden Teilakt im Realprozeß des Finalnexus' nur

66) Vgl. Maurach, Lb., Bd. I, § 42 I A.

kausal verknüpft. Das heißt, Finalnexus und Kausalnexus in zeitlicher Reihenfolge stellen den Zusammenhang zwischen rechtlich relevantem Erfolg und fahrlässiger Handlung her⁶⁷⁾. Dabei bleibt es gleichgültig, ob man zur Bezeichnung dieses Zuordnungskriteriums den für den Finalnexus maßgeblichen Begriff des Zweckzusammenhangs ebenfalls verwenden will, oder ob man besser zur begrifflichen Unterscheidung hier von einem Sinnzusammenhang oder einem allgemeinen Dependenzzusammenhang spricht. Wir bezeichnen dieses Zuordnungskriterium als Sinnzusammenhang, weil nicht nur allgemeine Dependenzen⁶⁸⁾, sondern auch der Finalnexus den Zusammenhang mitbegründet. Für die Frage nach dem Sinnzusammenhang ist es unerheblich, ob der Handelnde die kausale Bewirkung des nicht beabsichtigten Erfolgs erkannte oder erkennen konnte, ob er den Umfang der finalen Steuerung für ausreichend hielt, um den Eintritt des Nebenerfolgs zu vermeiden oder ob er seine finale Steuerungsmöglichkeit überschätzte.

Es bleiben nun noch die Zuordnungskriterien zu erörtern, die den Zusammenhang zwischen einem Erfolg und einem Unterlassen begründen.

67) Mit diesem Ergebnis stimmt die Erkenntnis Deutsch', Fahrlässigkeit; § 5 I 1, S. 64 ff., überein, daß die Fahrlässigkeit Zurechnungsgrund des Erfolgs ist. Darauf weist auch Larenz, in Festschrift für Wilburg, S. 119 (123), hin.

68) Der Kausalzusammenhang allein genügt nicht für eine Zuordnung des Erfolgs zur Handlung, vgl. unten, S. 51, Fußn. 108 u. S. 60 ff.

(c) Unterlassen

Wie bereits dargestellt wurde, ist das Unterlassen Handlung im juristischen Sinn, und zwar nicht das "Nichttun" als solches, sondern nur das "Etwas-Nichttun"^{68 a)}, das zu tun eine Rechtspflicht gebietet und dessen Ausführung dem zum Handeln Verpflichteten tatsächlich möglich ist. Daraus ergibt sich, daß das Unterlassen ähnlich dem aktiven Tun mit dem Erfolg in einem Zweckzusammenhang oder in einem Sinnzusammenhang steht, je nachdem, ob der zum Handeln Verpflichtete die gebotene Handlung willentlich oder fahrlässig nicht vornahm. Es wird zwar im ontologischen Sinn ein Realprozeß in der dritten Etappe des Finalnexus' nicht eingeleitet und auch nicht durchgeführt, weil das Kausalgeschehen bereits auf einen bestimmten Erfolg tendiert. Wegen der Rechtspflicht zum Handeln und der objektiven Möglichkeit, den Eintritt des Erfolgs zu verhindern, stellt das Recht das Unterlassen dem Tun gleich. Die willentliche Nichtvornahme der gebotenen und möglichen Handlung begründet damit einen rechtlichen Zweckzusammenhang zwischen dem Unterlassen und dem Erfolg. Entsprechendes gilt für den rechtlichen Sinnzusammenhang zwischen Unterlassen und Erfolg.

Da die Zuordnungskriterien beim Tun und Unterlassen die gleichen sind, läßt sich aus ihnen allein die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen nicht gewinnen. Es wurde bereits dargelegt, daß ein mit dem Tun einhergehendes oder späteres Unterlassen niemals die durch zweckgerichtetes Tun herbeigeführte Erfolgsverwirklichung verhindern kann, d.h., ein Unterlassen kann in einem Zweck- oder Sinnzu-

68 a) Vgl. Traeger, Unterlassung, S.7.

zusammenhang mit einem Erfolg dann nicht stehen, wenn ein gleichzeitiges oder vorangegangenes Tun in einem Zweck- oder Sinnzusammenhang mit dem Erfolg steht. Darin zeigt sich, daß das Unterlassen nur juristische Handlung ist, die als Bezugspunkt ausscheidet, wenn eine ontologische Handlung in Betracht kommt. Zur Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist daher die Feststellung erforderlich, welche Teilakte im Geschehensprozeß zusammen eine Handlung im ontologischen Sinn darstellen; denn alle gleichzeitigen oder nachfolgenden Teilakte des Unterlassens innerhalb dieser Handlungseinheit scheiden als Bezugspunkt der Zuordnung des Erfolgs aus.

b) Handlungseinheit

(1) Tatsächliche Betrachtungsweise

Hildebrandt⁶⁹⁾ hat nachgewiesen, daß die Begriffe Handlungseinheit und Handlungsmehrheit auch für das Zivilrecht verwendbar sind. Die Bedeutung einer genauen dogmatischen Erfassung, ob eine Handlungseinheit oder eine Handlungsmehrheit den zum Schadensersatz verpflichtenden Erfolg herbeigeführt hat, zeigt sich u.a. insbesondere bei der Frage, wann die Verjährungsfrist des § 852 BGB zu laufen beginnt. Da der Begriff der Handlungseinheit weder ein strafrechtlicher noch ein zivilrechtlicher juristischer Eigenbegriff ist, stellt sich zunächst die Frage, was nach der tatsächlichen Betrachtungsweise als eine Handlung aus dem amorphen Fluß der Verhaltensweisen eines Menschen von der Geburt bis zu seinem Tode anzusehen ist.

⁶⁹⁾ Hildebrandt, Handlungseinheit, S. 38 ff.

Zwar läßt sich aus dem physiologischen⁷⁰⁾ und dem ontologischen⁷¹⁾ Handlungsbegriff entnehmen, daß die Handlung aus einem objektiven und aus einem subjektiven Moment besteht, welche Elemente aber zusammen als eine Handlung zu bewerten sind, kann daraus nicht abgeleitet werden. Insbesondere ist damit über die Kriterien nichts ausgesagt, die das komplexe schon vorwissenschaftlich als Einheit gewertete Gebilde der Handlung von den vorausgehenden und nachfolgenden Teilakten menschlichen Verhaltens abhebt. Aus diesem Grunde kann auch die in der Wahrnehmungslehre von ihren Gegnern sog. atomistische Psychologie nicht weiterhelfen, weil sie jeden Gegenstand als Summe seiner Elemente versteht. Das ist zwar richtig, besagt aber nichts darüber, welche Summe und unter welchen Voraussetzungen eine Summe von Einzelementen als Einheit bewertet wird. Solche Abgrenzungskriterien liefert die Gestaltpsychologie⁷²⁾.

Die Gestaltpsychologie spricht von einem Ganzen in der Wahrnehmung, wenn eine Mannigfaltigkeit von Reizen bzw. von Erregungen in den äußeren Sinnesorganen anstatt zur Ausbildung einer ebenso reichen Mannigfaltigkeit von selbständigen anschaulichen Gebilden zur Ausbildung eines in sich zusammenhängenden (und meist gegen Anderes begrenzten) anschaulichen Gebildes führt. Die Zusammenfassung verschiedener Elemente erfolgt nach bestimmten gestaltpsychologischen Gesetzen.

70) Physiologisch ist Handlung die auf einem Willensimpuls beruhende Körperbewegung.

71) Ontologisch i.S.d. finalen Handlungslehre ist Handlung vom Willen getragene Zweckverwirklichung.

72) Die Darstellung folgt hier den Ausführungen Hildebrandts, a.a.O., S. 18 - 21, mit Literaturnachweisen.

Nach dem Gesetz der Nähe erfolgt die Zusammenfassung der Teile eines Reizganzen unter sonst gleichen Umständen im Sinne des kleinsten Abstandes, d.h. die einzelnen Elemente schließen sich so zusammen, daß möglichst dichte geschlossene Ganzheitsgebilde entstehen. Das Gesetz der Gleichheit bewirkt bei verschiedenartigen Elementen eine Tendenz zur Zusammenfassung gleichartiger Elemente zu Ganzheitsgebilden. Das Gesetz der Geschlossenheit besagt, daß einfache und regelmäßige Ganze sowie abgeschlossene Bereiche sich leichter und allgemeiner zu bilden scheinen als unregelmäßige, weniger stetig verlaufende und offene Ganze. Nach dem Gesetz des relativen Abstandes wird dort, wo zwischen einzelnen Elementen keine qualitativen oder sonstigen Unterschiede vorliegen, oft ihr relativer Abstand entscheidend sein, wobei der Abstand räumlicher und zeitlicher Natur sein kann. Nach dem Gesetz der guten Gestalt erfolgt der Zusammenschluß zu einem Ganzheitsgebilde derart, daß die entstehenden Ganzen gestaltlich in irgendeiner Weise vor anderen denkbaren Einteilungen ausgezeichnet sind. Das Gesetz der Prägnanz stellt klar, daß nicht alle diese Merkmale vorliegen müssen, um die einzelnen Elemente zu einem Ganzheitsgebilde zusammenzufassen: Der Zusammenhang nach innen ist umso fester und die Abgrenzung nach außen umso schärfer, je mehr gestaltliche Vorzüge zu gleicher Zeit widerspruchslos verwirklicht sind. Soweit im Ganzen gesehen widersprüchliche gestaltbildende Faktoren feststellbar sind, z.B. kann zwischen mehreren gleichartigen Elementen der räumliche und zeitliche Zusammenhang fehlen, während er bei verschiedenartigen Elementen gegeben ist, entscheidet der stärkste gestaltbildende Faktor.

Nach diesen gestaltpsychologischen Gesetzen läßt sich das äußere Erscheinungsbild der einzelnen Elemente zu Ganzheitsgebilden zusammenfassen. Hinzu kommen muß jedoch, um eine Handlung als Handlung begreifen zu können, daß die äußeren Ganzheitsgebilde von einem einheitlichen Willen getragen werden, da andernfalls das verbindende Element in der Person des Handelnden fehlen würde⁷³⁾. Es läßt sich desweiteren nicht verkennen, daß es Handlungen gibt, die nur aus einer Handlungsgestalt bestehen und Handlungen, die aus mehreren Handlungsgestalten zusammengesetzt sind. Man denke nur an die Anmeldung zum Handelsregister einerseits und an das Zubereiten einer Mahlzeit andererseits. Beide Fälle werden von der tatsächlichen Betrachtungsweise als eine Handlungseinheit erkannt. Hildebrandt bezeichnet die erste Handlungseinheit als natürliche Handlungseinheit, die zweite als Aktion. Zur Unterscheidung wählt er den Erfolg als Bezugspunkt, weil im Erfolg die Handlung nach außen in Erscheinung trete. Hildebrandt ist dadurch gezwungen, bei Verwirklichung des Enderfolgs durch Teilerfolge auf den die Handlung tragenden einheitlichen Willen zurückzugreifen⁷⁴⁾. Wenn aber schon Korrekturen unter Heranziehung der Finalität erforderlich sind, erscheint es gerechtfertigt, die Abgrenzung von vornherein nur unter dem Gesichtspunkt der Finalität vorzunehmen. Der Finalnexus gibt allein das Beurteilungskriterium, ob die im Realprozeß verwirklichten i.S.d. gestaltpsychologischen Gesetze mehreren Handlungsgestalten eine Handlung darstellen oder nicht.

73) Hier schließt sich der Kreis zu den ontologischen Erkenntnissen Nicolai Hartmanns von der Überformung der Kausalität durch den Finalnexus.

74) Hildebrandt, a.a.O., S. 20 f.

(2) Handlungseinheit im Rechtssinne

Hildebrandt hat weiter nachgewiesen, daß der strafrechtliche Begriff der Handlungseinheit i.S.d. natürlichen Betrachtungsweise mit dem nach gestaltpsychologischen Gesetzen gewonnen Begriff der Handlungseinheit identisch ist⁷⁵⁾. Zwar unterscheidet die Strafrechtslehre nicht zwischen natürlicher Handlungseinheit und Aktion, sondern faßt beides unter den Begriff der Handlungseinheit i.S.d. natürlichen Betrachtungsweise zusammen, es trifft aber die Abgrenzung zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit nach den gleichen gestaltpsychologischen Gesetzen; denn Rechtsprechung und Schrifttum⁷⁶⁾ fordern als Kriterien der Handlungseinheit einen unmittelbaren räumlichen, zeitlichen und sachlichen Zusammenhang (dem entspricht das gestaltpsychologische Gesetz der Nähe), Gleichartigkeit der einzelnen Betätigungsakte (entsprechend dem Gesetz der Gleichheit) und die Einheit des Schlußerfolgs. Die unterschiedliche Bewertung der einzelnen Elemente bei den verschiedenen Schriftstellern beruht auf dem Gesetz der Prägnanz, das besagt, daß nicht notwendig alle gestaltbildenden Faktoren zur Bejahung der Handlungseinheit gleichzeitig vorliegen müssen. Die übrigen gestaltpsychologischen Gesetze können nicht ausdrücklich belegt werden. Das beruht darauf, daß die empirische Erfassung der Handlungseinheit sich ihrer nicht bewußt wurde und sie deshalb nicht als Kriterien heranzog oder daß sie in der "Formel" der natürlichen Handlungseinheit keinen Niederschlag fanden.

75) Hildebrandt, a.a.O., S. 22 ff, mit umfassenden Nachweisen.

76) Vgl. im Einzelnen die Literaturnachweise bei Hildebrandt, a.a.O. Die Auffassungen im Schrifttum differieren in einzelnen Punkten.

Das Strafrecht unterscheidet weiter Zustandsdelikt, Dauerdelikt, tatbestandliche Handlungseinheit und fortgesetztes Delikt. Das Zustandsdelikt ist ein Unterfall der Handlungseinheit i.S.d. tatsächlichen Betrachtungsweise; denn sein Wesen besteht darin, daß durch eine Handlung ein rechtswidriger Zustand herbeigeführt wird, der ohne weitere Handlung aufrechterhalten wird. Tatbestandliche Handlungseinheit, Dauerdelikt und fortgesetztes Delikt sind rechtliche Handlungseinheiten. Die tatbestandliche Handlungseinheit beruht auf der tatbestandlichen Zusammenfassung mehrerer Handlungen zu einer Handlungseinheit, die allein nach rechtlichen Zweck-erwägungen vom Gesetzgeber vorgenommen ist. Desgleichen werden im fortgesetzten Delikt mehrere selbständige Handlungen bei gleichartiger Begehungsweise und gleichartigem Rechtsgut, die von einem einheitlichen Gesamtvorsatz oder einem Fortsetzungsvorsatz⁷⁷⁾ getragen sein müssen⁷⁸⁾, aus materiellen und prozessualen Erwägungen⁷⁹⁾ als Handlungseinheit behandelt. Das Dauerdelikt hat mit dem Zustandsdelikt gemeinsam, daß die Begehungshandlung in der Herbeiführung eines rechts-

77) Der Gesamtvorsatz umfaßt von vornherein den Gesamterfolg, der nach und nach verwirklicht werden soll, während beim Fortsetzungsvorsatz sich jeder nachfolgende Willensentschluß als Fortsetzung der vorangegangenen darstellt. Im Einzelnen vgl. Hildebrandt, S. 32, mit Nachweisen.

78) Die objektive Theorie (Mezger, Lb., Bd. I, S. 466, mit Nachweisen) verneint das subjektive Erfordernis eines Gesamt- bzw. Fortsetzungsvorsatzes.

79) Im Einzelnen vgl. Hildebrandt, Handlungseinheit, S. 32 - 35.

widrigen Zustandes besteht, die sich als Handlungseinheit i.S.d. tatsächlichen Betrachtungsweise darstellt. Darüber hinaus bewertet jedoch das Gesetz die Aufrechterhaltung dieses Zustandes als rechtlich relevantes Unterlassen (das beim Zustandsdelikt nicht als rechtlich relevant bewertet wird). Tun und Unterlassen werden beim Dauerdelikt tatbestandlich zur Handlungseinheit verknüpft. Das Dauerdelikt besteht damit aus einer rechtlichen und aus einer tatsächlichen Handlung. Da das Unterscheidungsmerkmal in der Verbindung mit einer rechtlichen Handlung liegt, mag es gerechtfertigt sein, das Dauerdelikt insgesamt als rechtliche Handlungseinheit zu betrachten⁸⁰⁾.

Hildebrandt hat nun weiter nachgewiesen, daß der Begriff der Handlungseinheit (zur Abgrenzung von der Handlungsmehrheit) im Zivilrecht mit dem der tatsächlichen Betrachtungsweise im Strafrecht wie mit dem vorwissenschaftlichen Begriff identisch ist⁸¹⁾. Seine Berechtigung auch im Zivilrecht ergibt sich insbesondere aus der Frage nach dem Verjährungsbeginn⁸²⁾ und der Beurteilung der Haftung des Teilnehmers; denn bei mehraktigen Geschehensabläufen beginnt im Falle einer Handlungseinheit die Verjährung mit dem letzten Teilakt und die Haftung des Teilnehmers erstreckt sich bei Handlungseinheit auf den gesamten Schaden, während er bei Handlungsmehrheit nur für den Schaden haftet,

80) So die h.M. im Strafrecht, vgl. Hildebrandt, a.a.O., S. 36, mit Nachweisen.

81) Hildebrandt, a.a.O., S. 38 ff.

82) Unabhängig von den verschiedenen Verjährungsfristen von 3 Jahren für Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche aus unerlaubter Handlung und von 30 Jahren für Beseitigungsansprüche (hierzu siehe auch Fußnote 83).

der aus den Handlungen entstanden ist, an denen er als Teilnehmer beteiligt war. Aus der Existenz von Beseitigungsansprüchen⁸³⁾ ergibt sich, daß der Begriff des Zustandsdeliktes als Sonderfall der Handlungseinheit im Zivilrecht ebenfalls verwendbar ist. Auch die Dauerhandlung⁸⁴⁾ ist in die Betrachtung mit einzubeziehen, bei der sich, wie z.B. bei Immissionen, die einzelnen unselbständigen Teilakte so eng aneinanderanschließen, daß eine Unterbrechung nicht mehr feststellbar ist. Diese Dauerhandlung ist ein Sonderfall tatsächlicher Handlungseinheit und soll mit Hildebrandt⁸⁵⁾ als tatsächliches Dauerdelikt bezeichnet werden. Der Unterschied zum rechtlichen Dauerdelikt besteht darin, daß sich das rechtliche Dauerdelikt aus einem Tun und einem anschließenden rechtlich relevanten Unterlassen zusammensetzt, während das tatsächliche Dauerdelikt nur aus positiven Handlungsakten besteht. Ob daneben auch eine rechtliche Handlungseinheit im Zivilrecht (tatbestandliche Handlungseinheit, rechtliches Dauerdelikt und fortgesetztes Delikt) besteht, muß gesonderten Untersuchungen vorbehalten werden. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß es ein fortgesetztes Delikt im Zivilrecht mangels gleichartiger Anknüpfungspunkte nicht gibt, wie Hildebrandt⁸⁶⁾ überzeugend begründet hat.

Die erörterten Zuordnungskriterien der Finalität und der Kausalität mit den korrespondierenden Be-

83) Diese sind von der Rechtsprechung in Analogie zu §§ 12, 862, 1004 BGB entwickelt worden (vgl. Palandt, vor § 823 BGB, Anm. 9).

84) Ob es Dauerhandlungen auch im Strafrecht gibt, kann für unsere Frage dahinstehen.

85) Hildebrandt, a.a.O., S. 40.

86) Hildebrandt, a.a.O., S. 63 - 68 und S. 84 f, mit ausführlicher kritischer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung.

griffen Zweckzusammenhang und Sinnzusammenhang verbunden mit dem Begriff der Handlungseinheit i.S. tatsächlicher Betrachtungsweise mit seinen Unterformen der natürlichen Handlungseinheit, der Aktion, dem Zustandsdelikt und dem tatsächlichen Dauerdelikt, liefern das Rüstzeug, um im Folgenden Tun und Unterlassen voneinander abzugrenzen.

6. Abgrenzung

a) Problemfälle

Die Erörterung soll mit den aufgezeigten Problemfällen beginnen:

Im Apothekerfall⁸⁷⁾ war der Tod eines an Rachitis erkrankten Kindes durch Phosphorvergiftung eingetreten, das diesem aufgrund ärztlicher Verordnung als Heilmittel entsprechend den damaligen ärztlichen Kenntnissen verabreicht wurde. Die Vorinstanz betrachtete als ursächlich für den Tod die viermalige Erneuerung der phosphorhaltigen Arznei, ohne daß sich der Apotheker vergewisserte, ob der Gesundheitszustand des Kindes fortwährend vom Arzt überwacht wurde und ob der Arzt die weitere Behandlung mit der phosphorhaltigen Arznei autorisierte. Darin liege ein kausales Unterlassen. Das RG knüpft seine Überlegungen grundsätzlich an das Unterlassen an, verneint aber dessen Ursächlichkeit, weil die Behandlung auch bei Fortsetzung unter ärztlicher Aufsicht zu dem Tod geführt hätte^{88 a)}.

Wenn wir das reale Geschehen betrachten, dann kommen als ursächliche Handlungen für den Erfolg in Betracht: die Verordnung des phosphorhaltigen Arzneimittels durch den Arzt, die Herstellung des Arzneimittels durch den Apotheker und deren Aushändigung an die Mutter des Kindes und die Verabreichung der Arznei in Zusammensetzung und Dosis gemäß ärztlicher Anordnung durch die Mutter. Es steht außer Zweifel, daß der Erfolg (Tod des Kindes) jeder dieser drei Handlungen⁸⁸⁾ zuzuordnen ist oder - mit den Begriffen der vorstehenden Ausführungen formuliert -

87) Fußnote 23.

88a) Aus diesem Grunde werden diese Fälle auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtswidrigkeitszusammenhangs erörtert. Vgl. Münzberg, a.a.O., S. 122 ff.

88) Daß sich die Durchführung in mehreren Teilakten vollzieht, kann vorläufig außer Betracht bleiben.

daß jede dieser drei Handlungen in einem Sinnzusammenhang zu dem Erfolge steht.

An der ganzen Fallgestaltung fällt zunächst auf, daß das Gericht kein Wort über die Verantwortlichkeit der Mutter wie der des Arztes verliert. Es geht offensichtlich davon aus, daß die Handlungen dieser Personen rechtlich nicht relevant sind, weil der Arzt entsprechend den wissenschaftlichen Erkenntnissen der Medizin seiner Zeit die Behandlung mit phosphorhaltigen Arzneimitteln verordnete und die Mutter nach ärztlicher Verordnung die Arznei ihrem Kinde verabreichte, so daß bereits die objektive Verantwortlichkeit⁸⁹⁾ zu verneinen war.

89) Daher richtig Reinecke, daß die Frage des Zusammenhanges von der der Verantwortlichkeit getrennt werden muß, vgl. oben, Fußnote 63. Objektive Verantwortlichkeit zeigt eine gewisse Verwandtschaft mit Tatverantwortung i.S. Maurachs, Lb., Bd. I, §§ 32 - 34. Deutsch, Fahrlässigkeit, § 5 I 1, S. 66 sieht in der Tatverantwortung ein Beispiel objektiver Zurechnung. Wieweit diese Lehre auch im Zivilrecht Verwendung finden kann, muß einer gesonderten Untersuchung vorbehalten werden. Unabhängig von dem Ergebnis einer solchen Untersuchung kann man feststellen, daß eine Differenzierung zwischen (objektiviertem) Schuldvorwurf und objektiver Verantwortlichkeit geboten ist, wie gerade dieser Fall der Heilbehandlung zeigt. Das Recht gebietet der Mutter, die Heilbehandlung nach Anweisung des Arztes durchzuführen. Andernfalls würde zu Recht der Schuldvorwurf der Tötung durch Unterlassen erhoben. Wenn aber das Recht diese Handlung gebietet, kann es die Handlung nicht gleichzeitig mit dem Rechtswidrigkeitsurteil (Körperverletzung!) belasten. Hier liegt ein Haupteinwand gegen die Lehre von der erfolgsbezogenen Rechtswidrigkeit (Deutsch, Fahrlässigkeit, § 11 III 2, S. 213 ff; ihm folgend Larenz, Lb., Bd. I, § 19 IV, S. 227 ff; gegen diese Lehre insbesondere Münzberg, a.a.O., S. 112 ff). Es fehlt die objektive Verantwortlichkeit. Der Gedanke einer objektiven Verantwortlichkeit liegt auch der Lehre von der objektiven Zurechnung zur Tat (Larenz, Zurechnungslehre, passim und Lb., Bd. I, § 14 III b mit weiteren Nachweisen) zugrunde. Larenz bezieht unter dem Begriff der objektiven Zurechnung unbewußtes Handeln in den Handlungsbegriff ein, wenn nur die Möglichkeit der (Fortsetzung S. 38)

Die Handlung des Arztes ist für die weitere Erörterung ohne Bedeutung, weil sie eindeutig in einem Tun besteht: die Verordnung der Arznei. Die Handlung der Mutter ist zwar rechtlich nicht relevant, für die Frage der Abgrenzung des Tuns vom Unterlassen aber besteht die gleiche Problematik wie bei der Handlung des Apothekers, nämlich, ob der Erfolg dem Tun - Bereiten und Aushändigung der Arznei durch den Apotheker; Verabreichung durch die Mutter - oder dem Unterlassen - Herstellung und Aushändigung der Arznei durch den Apotheker ohne daß er sich vergewisserte, ob der Gesundheitszustand fortwährend überwacht und die weitere Behandlung durch den Arzt autorisiert werde; Verabreichung der Arznei durch die Mutter ohne ein weiteres Rezept einzuholen - zuzuordnen ist. Wir betrachten zunächst das Verhalten des Apothekers.

Bewußtseinskontrolle bestand, und entscheidet gleichzeitig mit der objektiven Zurechnung zur Tat über die Zurechnung der ferneren Folgen. Zur objektiven Zurechnung vgl. auch Münzberg, a.a.O., Fußnoten 289, 291, 500 und 511. Nach Münzberg, a.a.O., S. 264, bestimmen die Prinzipien des Könnens und der Eignung, was an zurechenbarem Verhalten in Betracht kommt. Der Begriff der objektiven Zurechnung bekäme damit seinen festen Standort in der Unrechtslehre. Ob das (objektiv) zurechenbare Verhalten auch rechtswidrig ist, bestimmt sich nach dem Prinzip der Interessenabwägung. Terminologisch ist zu beachten, daß ansonsten üblicherweise der Begriff der objektiven Zurechnung für die Rechtswidrigkeit und der der subjektiven Zurechnung für die Schuld verwendet wird. Zum Begriff der Zurechnung vgl. Deutsch, a.a.O., § 5 I 1, S. 64 f, mit weiteren Nachweisen in Fußnote 1. Aus der Erkenntnis, daß die Kausaltheorien die Zurechnungsprobleme nicht befriedigend lösen können, versucht Stoll die Zurechnung aus dem Normzweck zu begründen (Stoll, Normzweck, passim).

Der Apotheker stellte jedesmal, wenn die Mutter erneut die Arznei verlangte, diese her und händigte sie der Mutter aus. Die Herstellung der Arznei ist getragen vom Willen, dem Verlangen der Mutter nachzukommen, um die ärztlich beim ersten Mal verordnete Heilbehandlung zu ermöglichen und zu diesem Zwecke wird dann auch die Arznei ausgehändigt. Der Finalnexus verwirklicht sich im Realprozeß der Herstellung und Aushändigung der Arznei und ist insoweit Zuordnungskriterium der Herstellung und Aushändigung zum Handeln des Apothekers. Die Aushändigung ermöglicht die Heilbehandlung durch die Mutter. Zweck der Aushändigung ist die Heilbehandlung, die Verabreichung der Arznei an das kranke Kind. Da auch dieser weitere Kausalverlauf vorhersehbar war und die Herstellung und Aushändigung der Arznei zum Zwecke der Heilbehandlung, d.h., der Verabreichung an das kranke Kind erfolgte und sich der geplante Geschehensablauf im Realprozeß verwirklichte, ist auch für die Verabreichung der Arznei der Finalnexus Zuordnungskriterium zur Handlung des Apothekers. Der aufgrund der fortgesetzten Verabreichung der Arznei eintretende Tod selbst steht nicht im Zweckzusammenhang mit dem Handeln des Apothekers. Dieser Tod wird vom Finalnexus nicht erfaßt. Er ist jedoch durch die fortgesetzte Verabreichung der Arznei verursacht; denn durch die dauernde Zuführung kleiner Mengen phosphorhaltiger Arznei wurde die Toleranzdosis überschritten und die Phosphorvergiftung ausgelöst. Der Tod steht im Sinnzusammenhang mit dem Handeln des Apothekers. Er ist dem Apotheker zuzuordnen⁹⁰⁾. Die Frage ist allerdings, ob dem Herstellen und Aushändigen der Arznei, dem Tun, oder dem Unterlassen, die nochmalige Herstellung vom Arzt erneut autorisieren zu lassen. Diese Frage kann über die Zuordnungskriterien nicht entschieden werden; denn auch das Unterlassen steht mit dem Tod in einem Sinnzusammenhang, weil es die Fort-

90) Die Zuordnung besagt nichts über die Verantwortlichkeit; vgl. Fußnote 89.

setzung der Heilbehandlung ermöglichte und in den Teilakten der Heilbehandlung die Kausalursache des Todes (Erfolgs) liegt.

Das Herrichten und Aushändigen der Arznei ist eine Handlung, eine Aktion im Sinne Hildebrandts; denn bei dem sich in mehreren Teilakten (Handlungsgestalten) vollziehenden realen Geschehensablauf stehen diese in engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang und sind von dem einheitlichen Willen getragen, das Verlangen der Mutter zu erfüllen, nämlich die Herstellung und Aushändigung der Arznei zum Zwecke der Heilbehandlung. Ob daneben auch das mehrfache Herstellen und Aushändigen der Arznei zu einer einheitlichen Handlung zusammenzufassen ist, ist nicht ganz eindeutig zu beantworten; denn einerseits erfolgt die erneute Herstellung und Aushändigung der Arznei jedesmal aufgrund eines neuen Handlungsentschlusses. Andererseits läßt sich die Gleichartigkeit des Handlungsablaufes, der sich aus den gleichen Teilakten zusammensetzt, die die Verordnung des Arztes als geistigen Urgrund und die Heilbehandlung als einheitlichen Handlungszweck - über den unmittelbaren Handlungserfolg hinaus - haben, nicht leugnen. Für die Abgrenzung des Tuns vom Unterlassen kann diese Frage dahinstehen.

Die Unterlassung des Apothekers setzt frühestens mit der Herstellung der Arznei ein. Sie aktualisiert sich im Aushändigen der Arznei; denn erst das Aushändigen an die Mutter ermöglicht die Fortsetzung der Heilbehandlung und damit das Setzen der Kausalursache für den Erfolg. Erst im Aushändigen tritt die Unterlassung als Unterlassen in Erscheinung; denn Arzneimittel herstellen darf der Apotheker so viel er will. Erst mit dem Aushändigen setzt er eine Ursache, deren Folgen er sich zuordnen und bei Verantwortlichkeit auch zurechnen lassen muß, weil wegen der allgemeinen und generellen Gefährlichkeit Arzneimittel nur unter bestimmten Voraussetzungen ausgegeben werden

dürfen. Dem Aushändigen vorausgehen mußte deshalb die Autorisierung durch den Arzt, die Vergewisserung, daß der Arzt auch weiterhin den Gesundheitszustand überwachte. Zwar hätte die gebotene Handlung zeitlich dem Aushändigen vorausgehen müssen, das Unterlassen selbst aber liegt zeitlich nicht vor dem Aushändigen. Es läuft zeitlich parallel zum Aushändigen. Das läßt sich mit folgender Überlegung begründen.

Die Gleichstellung des Unterlassens mit dem Tun findet ihre Rechtfertigung in der rechtlichen Gleichwertigkeit der aktiven Herbeiführung eines bestimmten Handlungserfolges mit dem zwecktätigen Ausnützen eines bereits erkennbar auf einen bestimmten Erfolg intendierten Geschehensprozesses, wenn und weil die Möglichkeit der Erfolgsabwendung und die Rechtspflicht zum Unterbrechen der intendierten Kausalreihe bestand. Das Unterlassen

setzt also logischerweise einen bereits intendierten Geschehensprozeß voraus. Wer die Kausalreihe in Gang gesetzt hat - der Handlungspflichtige oder ein Dritter - ist letztlich gleichgültig. Die Herstellung der Arznei durch den Apotheker löst die Kausalreihe noch nicht aus, da vor dem Aushändigen der Arznei die Mutter die Heilbehandlung nicht fortsetzen kann. Mit dem Aushändigen der Arznei wird die Kausalreihe in Gang gesetzt. Jetzt erst wird die Rechtspflicht aktualisiert, den Erfolgseintritt zu hindern. Zwar hätte der Apotheker die Arznei nicht aushändigen dürfen, bevor er sich vergewissert hatte, daß der Arzt die Heilbehandlung weiterhin autorisiere. Die Unterlassungshandlung, basierend auf der Rechtspflicht zum Handeln, kann logischerweise aber erst mit dem Aushändigen der Arznei beginnen. Sie läuft also zeitlich parallel zum Tun, dem Aushändigen der Arznei. Wir haben bereits festgestellt⁹¹⁾, daß ein einem Tun gleichzeitiges und nachfolgendes Unterlassen der Erfolgsabwendung für den Erfolgseintritt nicht kausal sein kann, weil ex definitione der Unterlassung nur ein gleichzeitiges oder nachfolgendes Tun eine bereits intendierte Kausalreihe unterbrechen kann. D.h., daß die Handlung des Apothekers nicht in einem Unterlassen, sondern in einem (fahrlässigen) Tun bestand.

Für die Handlung der Mutter gilt das Gleiche. Sie setzt die weiteren Teilakte der Kausalreihe durch Verabreichung der Arznei. Auch sie hat es unterlassen, die Arznei erneut durch den Arzt verordnen zu lassen. Diese Unterlassung kann logischerweise auch erst mit dem Verabreichen der Arznei einsetzen und als gleichzeitiges Unterlassen die durch die Verabreichung der Arznei intendierte Kausalreihe nach der Definition der Unterlassung als Nichtvornahme der möglichen und zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung nicht unterbrechen und deshalb nicht Erfolgsursache sein.

⁹¹⁾ Vgl. oben, Kapitel 4, S. 12 ff.

Nach den gleichen Grundsätzen sind die übrigen Problemfälle⁹²⁾ zu lösen. Dabei ist zu beachten, daß im fahrlässigen Handeln Unterlassenselemente enthalten sind, nämlich die Nichtbeachtung der vom Recht gebotenen Sorgfalt. Diese Unterlassenselemente sind konstitutiv⁹³⁾ für die Fahrlässigkeit; denn Fahrlässigkeit läßt sich ohne Mangel finaler Steuerung (tatsächliche Betrachtungsweise!) nicht denken. Diese der fahrlässigen Handlung konstitutiven Unterlassenselemente sind nicht gleichzeitig eine selbständige Unterlassungshandlung⁹⁴⁾.

Zu einer anderen Beurteilung kann man nur kommen, wenn der Gesetzgeber auf einem bestimmten Rechtsgebiet einem der Fahrlässigkeit konstitutiven Unterlassenselement selbständigen Handlungsunwert beigelegt hat, indem er den Verstoß gegen ein bestimmtes Handlungsgebot z.B. mit einer strafrechtlichen Sanktion ausstattet. Im Straßenverkehrsrecht ist geboten, beim Überholen mindestens 1 m Abstand vom Überholten Verkehrsteilnehmer einzuhalten (§ 10 StVO i.V.m. § 1 StVO)⁹⁵⁾. Diese Verhaltensnorm ist als Verkehrsübertretung im Falle des Zuwiderhandelns strafbewehrt (§ 21 StVG), besitzt also für sich betrachtet einen selbständigen Handlungsunwert. Es ist unstrittig, daß die Zuwiderhandlung gegen die Gebotsnorm ein Unterlassen darstellt. Das Gebot beschränkt sich jedoch darauf, daß beim Überholen mindestens 1 m Abstand eingehalten werden muß. Das Handlungsgebot richtet sich allein

92) S. oben, S. 7 ff.

93) So richtig Spendel, a.a.O., S. 193.

94) Letztlich sind auch dem Schuldvorwurf Unterlassenselemente konstitutiv, nämlich, daß der Handelnde den Rechtsgeboten nicht nachgekommen ist und dieses Handeln zivilrechtlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit (h.L., abweichend Nipperdey, NJW 1957, 1777 ff; Lb., §§ 210 u. 211) oder strafrechtlich vorwerfbar ist (vgl. Maurach, Bd. I, § 31 II A).

95) Das Handlungsgebot ergibt sich aus der ausfüllenden Interpretation der Blankettnorm des § 1 StVO.

auf das Abstandhalten von mindestens 1 m. Nur wenn gegen dieses Handlungsgebot für sich verstoßen wird, liegt ein Unterlassen vor. Anders ist die Handlung zu beurteilen, wenn man nicht nur die Modalität der Handlung "Überholen" - das gebotene Abstandhalten - sondern die Handlung "Überholen" als Ganzes betrachtet. Die Handlung "Überholen" besteht als Ganzes betrachtet in einem positiven Tun. Im Lastzugfall⁹⁶⁾ war deshalb die Nichteinhaltung des gebotenen Abstands für sich betrachtet und als Verkehrsübertretung i.S. des § 21 StVG Unterlassen. Die Handlung des Lastzugfahrers bestand aber im Überholen, also in einem Tun. Diese Handlung enthält ein Unterlassenselement. Daraus aber wie der BGH den Schluß zu ziehen, daß auch das Überholen Unterlassen sei, ist nicht gerechtfertigt; denn Unterlassenselemente sind für den Fahrlässigkeits- wie für den Schuldbegriff konstitutiv und können im Strafrecht im Übrigen auch Beurteilungskriterium der Strafzumessung sein. Die Abgrenzung hat vielmehr auch für diese Handlung nach den hier entwickelten allgemeinen Grundsätzen zu erfolgen, weil ein zu knappes Überholen nicht kraft Gesetzes als Unterlassungshandlung qualifiziert ist. Nach allgemeinen Grundsätzen wird die Kausalreihe durch das zu knappe Überholen intendiert. Dem Handeln läuft also das Unterlassen parallel. Es kann ihm zeitlich nicht vorausgehen, weil das Unterlassen logischerweise einen bereits intendierten Geschehensablauf voraussetzt. Die Handlung besteht deshalb in einem positiven Tun. Sie bewirkt kausal die Tötung eines Menschen. Die Tötung eines Menschen (Handlungserfolg) steht mit der Handlung "Überholen" im Sinnzusammenhang und ist der Handlung des Fahrers zuzuordnen, der sich bei Verantwortlichkeit den Erfolg auch zurechnen lassen muß⁹⁷⁾.

96) Vgl. S. 8, Fußnote 27.

97) Der selbständige Handlungsunwert des Nichteinhaltens des gebotenen Abstands bewirkt, daß gegen dieses Gebot vorsätzlich und fahrlässig verstoßen werden kann, (Fortsetzung S. 45)

Eine echte Ausnahme von den hier entwickelten Abgrenzungsgrundsätzen des Tuns vom Unterlassen hat der Gesetzgeber im rechtlichen⁹⁸⁾ Dauerdelikt konstituiert, indem er die Herbeiführung eines Zustandes (Tun) und die daran anschließende Unterlassung der Beseitigung dieses Zustandes (Unterlassen) zu einer rechtlichen Handlungseinheit zusammengefaßt hat und beide Handlungen einheitlich als positives Tun bewertet⁹⁹⁾. Durch die Zusammenfassung zu einer rechtlichen Handlungseinheit entstehen keine Abgrenzungsprobleme. Lediglich aus Gründen der Vollständigkeit war dieser Fall hier aufzuzeigen.

- b) Tun und Unterlassen als selbständige Erfolgsursachen bei Rechtspflichten zum Handeln aus vorangegangenum Tun

Bisher haben wir uns ausschließlich mit der Problematik befaßt, ob die den Erfolg verursachende Handlung als Tun oder als Unterlassen zu qualifizieren ist. Die Existenz eines rechtlichen Dauerdelikts zeigt aber, daß Tun und Unterlassen als selbständige Handlungen des gleichen Handlungsträgers in zeitlicher Reihenfolge einen rechtlich relevanten Erfolg verursachen können. Der Erfolg ist sowohl dem Tun als auch dem Unterlassen zuzuordnen und beide Handlungen sind dem Handlungsträger - Verantwortlichkeit vorausgesetzt - zuzurechnen. Hier ist nicht problematisch, ob der Erfolg einem Tun oder einem Unterlassen zuzuordnen ist, sondern ob aus Rechtsgründen beide Handlungen als Erfolgsursache in die rechtliche Würdigung einzubeziehen sind. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen.

so daß auch die Übertretung des § 21 StVG vorsätzlich und fahrlässig sein kann. Die Handlung "Überholen" ist in der Regel wohl vorsätzlich. Hat der Täter auch die Tötung des überholten Radfahrers gewollt, liegt eine vorsätzliche Tötungshandlung vor, bei der das Nichteinhalten des gebotenen Abstands ein Unterlassungselement darstellt.

98) Im Gegensatz dazu steht das tatsächliche Dauerdelikt, vgl. oben, S. 34.

99) Zur Abgrenzung des rechtlichen Dauerdelikts vom Zustandsdelikt, vgl. Maurach, Lb., Bd. I, § 54 III A und oben, S. 32f.

Eine Gruppe von Schwimmern wirft sich gegenseitig im Spiel ins Wasser. Dieses Verhalten ist rechtlich nicht relevant. Stößt nun aber einer infolge eines Versehens einen unbeteiligten Nichtschwimmer ins Wasser, dann liegt darin eine fahrlässige Körperverletzung; denn das körperliche Wohlbefinden wird beeinträchtigt. Erkennt der Täter, daß es sich bei dem Nichtschwimmer um seinen Feind handelt und unterläßt er deshalb ihn aus dem Wasser zu ziehen, dann ist dies eine vorsätzliche Tötung durch Unterlassen. Beide Handlungen stehen in Tatmehrheit^{99 a)} zueinander. Die erste Handlung besteht im ins Wasser stoßen. Sie ist von dem Willen getragen, entsprechend den "Spielregeln" den (vermeintlichen) Teilnehmer ins Wasser zu stoßen. Dieser Erfolg steht mit der Handlung in Zweckzusammenhang. Der weitere Erfolg, die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens, steht nur im Sinnzusammenhang mit der Handlung, da sie nicht gewollt war.

Die bereits beendete Handlung intendiert jedoch einen weiteren Kausalprozeß. Der Nichtschwimmer kann sich nicht über Wasser halten. Er gelangt deshalb mit dem Kopf unter Wasser und muß ertrinken, wenn er nicht vorher aus dem Wasser gezogen wird. Wenn der Täter nichts unternimmt, liegt nach der tatsächlichen Betrachtungsweise eine weitere Handlung nicht vor. Da aber eine Rechtspflicht zum Handeln aus vorangegangenen Tun besteht und dem Täter die Rettung möglich ist, sind die Voraussetzungen gegeben, dieses Unterlassen als juristische Handlung zu bewerten. Sie bildet mit dem vorausgegangenen Stoß ins Wasser keine Handlungseinheit, weil ein einheitlicher Verwirklichungswille fehlt. Der neue Willensentschluß ist die Grenzmarke zum vorausgehenden Tun. Da nun aber der Unrechtsgehalt des gesamten auf den Erfolg gerichte-

99 a) Die Tatmehrheit gestattet das Unterlassen als selbständige Handlung zu bewerten, ansonsten bliebe es bei dem oben, S. 12 ff festgestellten Grundsatz.

ten Verhaltens durch die Beurteilung des Tuns allein nicht ausgeschöpft werden kann und die Gleichstellung des Unterlassens aus Gründen der Gerechtigkeit geboten ist, zerfällt das gesamte Verhalten strafrechtlich¹⁰⁰⁾ in zwei selbständige Handlungseinheiten. Damit stellt sich die Frage, ob zivilrechtlich eine andere Beurteilung geboten ist; denn das Zivilrecht stellt nicht auf den Handlungsunwert ab, sondern darauf, ob ein Schaden eingetreten ist.

Da auch im Zivilrecht für die Frage der Handlungseinheit die gleichen Gesichtspunkte maßgebend sind, besteht insoweit kein Unterschied. Es ist aber das Tun wie das Unterlassen Ursache des Schadens mit der Folge, daß ein Schadensersatzanspruch sowohl auf das Tun wie das Unterlassen gestützt werden könnte. Er wird sich im Regelfall auf die tatnähere Handlung stützen, muß es aber nicht; denn der Schadensersatzanspruch verlangt lediglich eine Verursachung, die sowohl im Tun wie im Unterlassen liegt. Der Zweckzusammenhang zwischen Erfolg und Unterlassen wie der Sinnzusammenhang zwischen dem gleichen Erfolg und dem vorausgehenden Tun sind begründet.

c) Deliktische Handlungspflichten¹⁰¹⁾

Für die Abgrenzung des Tuns vom Unterlassen bei Verletzung einer deliktischen Handlungspflicht kann man zwei Grundfälle unterscheiden:

- (1) Die deliktische Handlungspflicht ist gesetzlich expressis verbis normiert, z.B. die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl in § 831 BGB¹⁰²⁾.

100) Vgl. Maurach, Lb., Bd. I, § 45 I C, letzter Absatz.

101) Zum Begriff vgl. oben, S. 4. Zum Unterschied von den primären Handlungspflichten vgl. unten, S. 66 f.

102) Vgl. unten, S. 92 ff. Die Besonderheit der doppelten Schuldvermutung des § 831 kann hier außer Betracht bleiben.

- (2) Es fehlt an einer gesetzlichen Regelung. Die deliktische Handlungspflicht ist aber als sog. Verkehrspflicht anerkannt.

ad (1) Gesetzlich normierte deliktische Handlungspflichten

Soweit deliktische Handlungspflichten gesetzlich normiert sind und *expressis verbis* ein bestimmtes Tun geboten wird, besteht schon nach den allgemeinen Unterscheidungskriterien der Gebots- bzw. Verbotsnorm keine Schwierigkeit, die Nichtvornahme der gebotenen Handlung als Unterlassen zu bewerten. Da in diesen Fällen i.d.R. bestimmte Handlungen und nicht nur wie beim Überholen¹⁰³⁾ eine bestimmte Handlungsmodalität geboten ist, ist ein Unterlassen Anknüpfungspunkt der Zuordnung wie der Zurechnung des Erfolgs.

ad (2) Nicht gesetzlich normierte deliktische Handlungspflichten

Die zweite Fallgruppe bedarf zur Abgrenzung des Tuns vom Unterlassen einer weiteren Aufgliederung:

- (a) Verkehrspflichten, Gegenstände¹⁰⁴⁾ des Verkehrs in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten. Der verkehrswidrige Zustand kann durch Abnutzung oder durch die Einwirkung von Naturgewalten eintreten oder infolge eines ständig wachsenden Verkehrs genügt ein Gegenstand des Verkehrs (Straße, Weg, Platz, Gebäude und Gebäudeteil) den dadurch bedingten erhöhten Verkehrsanforderungen im Laufe der Jahre nicht mehr¹⁰⁵⁾.

¹⁰³⁾ Vgl. oben, S. 43 ff.

¹⁰⁴⁾ Der Begriff Gegenstand ist hier und im Folgenden i.S. des § 90 BGB verwandt, der die Sache als körperlichen Gegenstand definiert.

¹⁰⁵⁾ Vgl. dazu z.B. die Rspr. des BGH zum Blaubasalt-pflaster: BGH v. 7. Febr. 1957, VersR 57, 238 = VRS 12, 249; v. 15. April 1957, VersR 57, 378 = VRS 13, 3; v. 12. Dez. 1957, VersR 58, 418; v. 30. Jan. 1958, VersR 58, 262 = VRS 14, 331 = MDR 58, 436; v. 2. Juli 1959, VersR 59, 828.

(b) Verkehrspflichten, Gegenstände des Verkehrs von vornherein entsprechend dem technischen Wissensstande verkehrssicher herzustellen und gefährträchtige Handlungen ohne die zum Schutze der Rechtsgüter Dritter erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen zu unterlassen.

(c) Primäre Handlungspflichten.

Für diese Untergruppen der Verkehrspflichten soll im Einzelnen untersucht werden, ob der Erfolg einem Tun oder Unterlassen zuzuordnen ist.

a) Verkehrspflichten, Gegenstände des Verkehrs in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten

Bei den Verkehrspflichten, Gegenstände des Verkehrs in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten, ist erfolgsauslösendes Moment der verkehrswidrige Zustand. Damit stellt sich die Frage, ob der Erfolg dem Handeln des Verkehrseröffners - seinem Tun oder seinem Unterlassen - zuzuordnen und bei Verantwortlichkeit auch zuzurechnen ist. Der Erfolg kann dem Verkehrseröffner nur zugeordnet werden, wenn ihm auch der verkehrswidrige Zustand zuzuordnen ist. Nach den Zuordnungskriterien des Zweckzusammenhangs bei vorsätzlicher und des Sinnzusammenhangs bei fahrlässiger Erfolgsverwirklichung ist die Zuordnung des eingetretenen Erfolgs zur Handlung des Verkehrseröffners zu prüfen.

Das positive Tun des Verkehrseröffners vollzieht sich in drei Teilakten: die Herstellung des Verkehrsgegenstandes, die Eröffnung des Verkehrs und die Widmung¹⁰⁶⁾

106) Eine Widmung als Rechtsakt, wie sie die Straßengesetze zur Begründung der Eigenschaft einer öffentlichen Sache (im Gemeingebrauch) voraussetzen, ist für die zivilrechtliche Haftung nicht erforderlich. Es genügt das tatsächliche Andauernlassen.

für den Verkehr. Die Herstellungshandlung erschöpft sich in der Herstellung des Gegenstandes. Mit der Herstellung ist sie abgeschlossen. Der 10, 20 oder 30 Jahre später eintretende Erfolg ist vom Herstellungswillen nicht erfaßt. Der Zweckzusammenhang ist deshalb zu verneinen. Aber auch jeder Sinnzusammenhang ist zu verneinen, weil kein Teilakt der Herstellungshandlung Erfolgsursache ist. Der Erfolg wird durch die Herstellungshandlung nicht ausgelöst, sondern durch die spätere Verkehrshandlung eines Dritten bedingt durch den verkehrswidrigen Zustand.

Der Verkehrseröffnung¹⁰⁷⁾ kann der Erfolg ebenfalls nicht zugeordnet werden; denn auch diese Handlung erschöpft sich in der Eröffnung des Verkehrs, die sich als Freigabe für den Verkehr darstellt. Zwischen der Freigabe für den Verkehr und dem später infolge des verkehrswidrigen Zustands eintretenden Erfolgs besteht kein Zweckzusammenhang; denn der Handlungswille ist allein auf die Verkehrseröffnung gerichtet. Spätere Geschehensabläufe sind von diesem Willen nicht erfaßt. Aber auch ein Sinnzusammenhang ist zu verneinen, weil in der Handlung "Freigabe für den Verkehr" nicht die Ursache gesetzt wird, die kausal den Erfolgseintritt bewirkt. Es ist zwar richtig, daß die Verkehrseröffnung die Verkehrshandlungen der Verkehrsteilnehmer faktisch ermöglicht, weil ohne Freigabe für den Ver-

107) Die Rechtsprechung begründet die Pflicht, Gegenstände des Verkehrs in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten, aus der Verkehrseröffnung (vgl. z.B. BGH v. 1. Okt. 1959, BGHZ 31, 73 (74), st. Rechtsprechung). Diese Begründung ist nicht ganz genau. Nicht die Verkehrseröffnung, sondern das Andauernlassen des Verkehrs erfordert Verkehrssicherungsmaßnahmen, wenn die Verkehrseröffnung schon längere Zeit zurückliegt und der Gegenstand des Verkehrs ursprünglich verkehrssicher hergestellt war.

kehr die Verkehrshandlungen nicht vorgenommen werden könnten. Trotzdem scheitert die Zuordnung der durch Verkehrshandlungen bewirkten Erfolge zu der Handlung "Verkehrseröffnung" daran, daß die Verkehrseröffnung die Verkehrshandlungen nicht i.S. der Zuordnungskriterien bewirkt. Wenn man von der Struktur der fahrlässigen Handlung ausgeht und das Zuordnungskriterium des Sinnzusammenhangs zwischen Handlungserfolg und fahrlässiger Handlung in die Betrachtung einbezieht, wird der Wesensunterschied evident. Auch der fahrlässig herbeigeführte Erfolg ist durch die fahrlässige Handlung in dem Sinne bewirkt, daß ein Teilakt der Handlung Kausalursache des Erfolgs ist. Das aber ist bei der Verkehrseröffnung bei ursprünglich verkehrssicherer Herstellung nicht der Fall. Der tiefere Grund liegt darin, daß der Verkehrsteilnehmer die Schadensursache setzt, jeder Mensch sich grundsätzlich nur eigene Handlungen zurechnen lassen muß und eine Ausnahmeregelung (vgl. unten nächste Seite) nicht gegeben ist.

An die Verkehrseröffnung schließt sich die tatsächliche Dauerhandlung des "Andauernlassens" des Verkehrs an, die bei öffentlichen Straßen und Wegen durch die Widmung¹⁰⁸⁾ manifestiert wird. Zwischen dieser Dauer-

108) Der Rechtsakt der Widmung verleiht der gewidmeten Sache die Eigenschaft einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch. Der Widmung sind ebensowenig wie der Verkehrseröffnung bei Privatgrundstücken die Verkehrshandlungen zuzuordnen. Der BGH hat daher zu Recht die Haftung für Verkehrspflichtverletzungen der öffentlichen Hand in st. Rspr. aus § 823 Abs. 1 BGB hergeleitet (BGH v. 30. Apr. 1953, BGHZ 9, 373 (378); v. 19. Mai 1958, BGHZ 27, 278 (281 f); v. 24. Apr. 1961, BGHZ 35, 112 (113 f), st. Rspr.); denn die Zuordnung ist nur zur Dauerhandlung des Andauernlassens des Verkehrs möglich. Diese Dauerhandlung ist nach der Subjektionstheorie wie nach der Subjektstheorie (heute wohl herrschend; zur Abgrenzung von privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Handeln der Subjekte der öffentlichen Hand vgl. Wolff, Allg.Verw.R., Bd. I, § 22, (Fortsetzung S. 52)

handlung und den durch die einzelnen Verkehrshandlungen herbeigeführten Erfolgen besteht ebenfalls kein Zweckzusammenhang, weil auch hier der Handlungswille nicht auf die Verwirklichung der durch die Verkehrshandlungen bewirkten Erfolge gerichtet ist, sondern sich im Andauernlassen des Verkehrs erschöpft. Ein Sinnzusammenhang kann dagegen u.U.^{108 a)} nicht verneint werden; denn das Andauernlassen "bewirkt" wenn auch nicht gewollt so doch kausal die Verkehrshandlungen und damit deren Erfolge. Trotzdem denkt niemand daran, die Verkehrserfolge auch dem Handlungsträger zuzurechnen, der den Verkehr andauern läßt. Der Grund liegt darin, daß sich der Tatbeitrag auf das Geschehenlassen der Handlungen Dritter beschränkt. Da jedem Menschen grundsätzlich nur seine Handlungen zuzuordnen und zuzurechnen sind, entfällt die Zurechnung der Handlungen Dritter, wenn nicht ausnahmsweise eine besondere Zurechnungsregel aufgestellt ist, wie es in den §§ 830 BGB¹⁰⁹⁾ und den §§ 47 ff StGB geschehen ist, weil der Tatbeitrag des Gehilfen, des Angestifteten, des Tatmittlers bei mittelbarer Täterschaft und des Mittäters vom "Haupttäter" gewollt¹¹⁰⁾ und der Dritte

S. 91 ff) kein hoheitliches Handeln. Daher kann ohne besondere Organisationsnormen, die die Erfüllung der Verkehrspflichten den Subjekten der öffentlichen Gewalt als öffentliche Aufgabe auferlegt, die Haftung nicht auf § 839 BGB gestützt werden.

108a) M.E. ist auch der Sinnzusammenhang zu verneinen (vgl. unten, S. 60); denn die rein mechanische Verursachung genügt nicht zur Begründung des Sinnzusammenhangs.

109) Im Schuldverhältnis auch § 278 BGB.

110) Deshalb ist zur Zurechnung Doppelvorsatz erforderlich (vgl. z.B. für das Zivilrecht: Palandt, § 830 BGB, Anm. 1; für das Strafrecht: Maurach, Lb., Bd. I, § 48 II A 2, § 50 III B, § 51 II B). Die fahrlässige Bewirkung der Erfolgsverwirklichung durch Dritte begründet keine Zurechnung.

Mittel der Erfolgsverwirklichung ist. Diese besonderen Zurechnungsregeln greifen bei Verletzung der Verkehrssicherungspflichten nicht ein. Darüber hinaus geht es nicht um die Zurechnung der Verkehrshandlungen der Verkehrsteilnehmer, sondern um die Zuordnung und Zurechnung eines Schadens, der durch einen verkehrswidrigen Zustand der dem Verkehr "gewidmeten" Sache eingetreten ist. Selbst wenn der Schaden durch die Handlung eines Verkehrsteilnehmers mitverursacht ist und deshalb diesem Verkehrsteilnehmer zuzuordnen und zuzurechnen ist, kann die Zurechnung zur Handlung "Andauernlassen des Verkehrs" nicht erfolgen, da keine der besonderen Zurechnungsregeln der Handlungen Dritter einschlägig ist. Damit ist aber zugleich endgültig festgestellt, daß einem positiven Tun des Verkehrseröffners der Schaden nicht zugeordnet und nicht zugerechnet werden kann, weil der verkehrswidrige Zustand der dem Verkehr gewidmeten Sache in keinem Zweck- oder Sinnzusammenhang mit einer der drei positiven Handlungen steht. Daher kann nur das Unterlassen der Erhaltung in einem verkehrssicheren Zustand oder die Unterlassung der Warnung¹¹¹⁾ vor der Gefahr Erfolgsursache sein, soweit die sofortige Beseitigung der Gefahr nicht möglich oder die Beseitigung nicht zumutbar ist. Diesem Unterlassen ist der Schaden zuzuordnen und auch zuzurechnen. Voraussetzung der Zurechnung ist allerdings, daß man mit der Rechtsprechung die Verkehrssicherungspflicht dessen bejaht, der den Verkehr andauern läßt¹¹²⁾.

111) So die st. Rspr., vgl. z.B.: BGH v. 23. Okt. 1961, NJW 1962, 34 (35 l. Sp.), und die in Fußnote 105 zitierten Urteile zum Blaubasaltpflaster.

112) Die Grundsätze der Zurechnung von Folgeverletzungen (sog. haftungsausfüllende Kausalität) kommen als Zurechnungsgrund nicht in Betracht, weil sie voraussetzen, daß eine Erstverletzung (sog. haftungsbegründende Kausalität) vorliegt. Die Zurechnung von Folgeverletzungen erfolgt vielfach selbst dann, wenn der Folgeschaden unmittelbar durch
(Fortsetzung S. 54)

- (b) Verkehrspflichten, Gegenstände des Verkehrs von vornherein verkehrssicher herzustellen

Zu den Verkehrspflichten, Gegenstände des Verkehrs von vornherein entsprechend dem technischen Wissensstande mit verkehrserforderlicher Sorgfalt verkehrssicher herzustellen und gefahrträchtige Handlungen ohne die zum Schutze der Rechtsgüter Dritter erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen zu unterlassen, gehören die von Larenz und von v. Caemmerer gebildeten Beispiele¹¹³⁾. Den Beispielfällen legt v. Caemmerer den Satz zugrunde, daß Handlungen, die einen Gefahrenzustand herbeiführten, verboten seien. In dieser Allgemeinheit ist dieser Satz nicht richtig. Das zeigt sich im Grundsatz der allgemeinen Handlungsfreiheit, daß jedes Verhalten¹¹⁴⁾ des Menschen erlaubt ist, dem keine Rechtspflicht entgegensteht und insbesondere auf dem Gebiet der gewerblichen Betätigung, wo gefahrträchtige Handlungen zum Schutz der Allgemeinheit vor den typischen Gefahren zwar unter Erlaubnisvorbehalt stehen, nach Erteilung der Erlaubnis aber erlaubt sind, obwohl sie einen Gefahrenzustand herbeiführen¹¹⁵⁾. Wenn

Handlungen Dritter herbeigeführt wurde (vgl. die Beispiele bei Stoll, Normzweck, S. 23 ff). Die neuere Theorie versucht die Zurechnung der Folgeschäden mit der Normzwecktheorie zu lösen, so z.B. Wolf, Normzweck, S. 38 und Stoll, a.a.O.

113) Vgl. oben, S. 4 f.

114) Zum Begriff vgl. oben, Fußnote 2.

115) Die Rspr. lehnt es deshalb zu Recht ab, in der polizeirechtlichen Erlaubnis bereits den Nachweis zu sehen, daß eine Verkehrssicherungspflicht nicht verletzt ist; denn der Erlaubnisvorbehalt verbunden mit Auflagen bezweckt nur die Ausschaltung der typischen Gefahren, vgl. z.B. BGH v. 14. Okt. 1958, BB 1958, 1182, unter Hinweis auf die inhaltsgleiche Rechtsprechung des RG.

man unter diesem Gesichtspunkt die Beispiele durchgeht, so ist die Brandstiftung verboten (§§ 306 ff StGB), aber es ist nicht verboten, auf seinem Grundstück ein Feuer anzuzünden das übergreifen kann, wenn gleichzeitig die entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen getroffen sind, die nach menschlichem Ermessen ein Übergreifen ausschließen. Desgleichen darf man Gifte und sonstige lebensgefährliche Getränke, wie Säuren und Laugen, in Flaschen abfüllen, die normalerweise Getränke enthalten. Allerdings muß man sie dann so verwahren, daß eine Verwechslung mit einer Getränkeflasche ausgeschlossen ist und niemand durch den irrtümlichen Genuß zu Schaden kommt¹¹⁶⁾. Auch ist es generell erlaubt, Blumentöpfe vor das Fenster zu stellen. Ob Sicherungsmaßnahmen erforderlich sind, hängt von der Höhe des Fenstersimses und von der Zugänglichkeit des Geländes unterhalb des Fensters ab. Andere Beispielfälle, wie der Verkauf von Feuerwerkskörpern an Kinder, Färben und Konservieren von Lebensmitteln mit gesundheitsschädlichen Stoffen u.ä. sind nicht einschlägig, weil und soweit spezialgesetzliche Sonderregelungen¹¹⁷⁾ bestehen. Das Beispiel des Verbots des Rechtsüberholens läßt die spezielle Regelung des § 10 Abs. 1 Satz 1 StVO außer Acht, der das Linksüberholen gebietet. Rechtsüberholen ist ein Verstoß gegen eine Gebotsnorm und deshalb ein Unterlassen. Überholen ist selbstverständlich ein Tun. Hier gebietet das Gesetz aber eine bestimmte Handlungsmodalität. Der Verstoß dagegen ist Unterlassen, soweit die gebotene

116) Vgl. BGH v. 12. März 1968, VersR 69, 594.

117) So insbesondere im Lebensmittelrecht, in den Sprengstoffgesetzen und sonstigen sicherheitsrechtlichen Vorschriften. Auf nähere Einzelheiten kommt es hier nicht an.

Handlungsmodalität für sich Gegenstand der juristischen Betrachtung ist. Zeitigt das zugrundeliegende Tun einen über die gebotene Handlungsmodalität hinausgehenden Erfolg, z.B. einen Verkehrsunfall, dann ist Erfolgsursache das Tun. Der Verstoß gegen das Gebot einer bestimmten Handlungsmodalität ist Zurechnungsgrund des Erfolgs zum Tun. Auch das Beispiel von Larenz, es sei verboten, einen Steg über einen Bach mit zu schwachen Brettern zu bauen, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Das Eigentum als umfassende Sachgewalt gewährt die freie Verfügungsgewalt. Insoweit kann jeder mit seinem Eigentum tun und lassen was er will. Es ist deshalb auch grundsätzlich zulässig, einen Steg mit zu schwachen Brettern zu bauen. Nur ist es dann verboten, darauf den Verkehr zu eröffnen, wenn die Bretter erkennbar zu schwach sind, weil das die einzige Möglichkeit ist, eine Sachbeschädigung und Körperverletzung beim Betreten des Stegs zu verhindern.

Im Rahmen der hier gemachten Einschränkungen ist v. Caemmerer und Larenz im Grundsatz zuzustimmen. Es bleibt jedoch die Frage zu klären, ob in diesen Fällen Zuordnungsgrund des Erfolgs ein Tun oder ein Unterlassen ist. Zur Klärung dieser Frage sollen einige Beispiele näher untersucht werden.

Im Beispiel von Larenz ist der Bau eines Stegs ein Tun. Der unmittelbare und gewollte Handlungserfolg des Tuns ist der Steg. Dieser Erfolg und die Handlung "Bau eines Stegs" stehen untereinander in Zweckzusammenhang. Diese Handlung bewirkt durch die Verwendung zu schwacher Bretter einen über den unmittelbar gewollten Erfolg überschießenden Erfolg, daß die Bretter beim Betreten durchbrechen und der Benützer in den Bach fällt. Wenn dieser Erfolg vom Willen erfaßt und ebenfalls gewollt ist, steht auch er mit der Handlung "Bau eines Stegs" in einem Zweckzusammenhang. Die Körperverletzung

wird durch eine vorsätzliche Handlung bewirkt. Fehlt ein solcher Zweckzusammenhang, dann ist ein Teilakt der Handlung "Bau eines Stegs" Erfolgsursache des handlungsüberschießenden Erfolgs, nämlich der Körperverletzung. Die Handlung Körperverletzung zeigt damit die typische Struktur der fahrlässigen Handlung¹¹⁸⁾. Der Handlungswille ist auf einen rechtlich nicht relevanten Erfolg gerichtet. In der Ausführung dieser Handlung wird die Ursache des rechtlich relevanten Erfolgs gesetzt. Die Beispiele von v. Caemmerer zeigen die gleiche Struktur. Das gilt für das Beispiel des Anzündens eines Feuers, das übergreifen kann, des Abfüllens von Gift in Flaschen, die sonst Getränke enthalten, das Stellen von Blumentöpfen vor das Fenster, das Färben von Lebensmitteln mit gesundheitsschädlichen Stoffen usw. Alle diese Handlungen stehen mit dem unmittelbar gewollten Handlungserfolg im Zweckzusammenhang und jede dieser Handlungen bewirkt ursächlich einen handlungsüberschießenden Erfolg. Der Erfolg ist tatsächlich einem Tun zuzuordnen. Für uns stellt sich damit die Frage, ob nicht aus Rechtsgründen eine andere Beurteilung geboten ist.

Nach Fikentscher¹¹⁹⁾ war die Ausgestaltung der sog. Verkehrspflichtdelikte als Unterlassungen durch die enumerative Tatbestandsgestaltung bedingt, die im Wege

118) Die Körperverletzung ist nicht einer eigenen Handlung des Besuchers zuzuordnen (Handeln auf eigene Gefahr). Zweck- und Sinnzusammenhang sind zu verneinen; denn der Besucher hat den Erfolg nicht gewollt und konnte auch nicht erkennen, daß der Steg mit zu schwachen Brettern gebaut ist. Das aber wäre Voraussetzung für das Bewirken des Erfolges. Im menschlichen Zusammenleben muß sich ein Besucher darauf verlassen, daß ein Steg zu einem Haus verkehrssicher hergestellt ist.

119) Lb., 2. Aufl., § 97 III 2 e β , § 103 III.

einer partiellen Generalklausel der Verkehrspflichtdelikte ausgeweitet wurde. Wegen des tatbestandlich indizierten Rechtswidrigkeitsurteils hätte man viele Handlungen, die nur im Entfernten die Möglichkeit einer Verletzung absolut geschützter Rechte i.S. des § 823 Abs. 1 BGB beinhalten, einstellen müssen. Da dieser Weg wegen der Notwendigkeit dieser Tätigkeiten für das menschliche Zusammenleben nicht gangbar gewesen wäre, habe man das Rechtswidrigkeitsurteil von einer Bewertung der Handlung und des Erfolgs abhängig gemacht. Da ein Rahmenrecht "der gesicherten Stellung und Bewegung im Verkehr"¹²⁰⁾ niemals zur Diskussion gestanden habe, sei der Weg über das Unterlassungsdelikt beschritten worden; denn die Unterlassung ist nur dann rechtswidrig, wenn eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung bestand¹²¹⁾.

Dem gegenüber setzt sich in der Lehre immer mehr die Auffassung durch, daß dem Erfolg keine Indizwirkung zukommt¹²²⁾ oder daß sich die Indizwirkung des Tatbestands auf unmittelbare Eingriffe^{122 a)} in absolut geschützte Rechte beschränkt. Das "uti, frui, abuti" ist nach v. Caemmerer^{122 b)} dem Eigentümer oder sonstigen

120) Ähnlich dem Rahmenrecht "am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" und den Persönlichkeitsrechten, bei denen der Tatbestand die Rechtswidrigkeit nicht indiziert; unbestritten.

121) Ob die Rechtspflicht Tatbestandsmerkmal (so Fikentscher, Lb., 2. Aufl., § 103 III 1 c) oder Rechtswidrigkeitsmerkmal ist, (so Enneccerus-Lehmann, § 234 II 2) kann hier dahinstehen.

122) Vgl. Münzberg, a.a.O., S. 76 ff; Wolf, Normzweck, S. 31 f und S. 38; Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., § 9 II, S. 61; dazu auch unten, S. 103 ff.

122a) v. Caemmerer, Wandlungen, a.a.O., S. 77 ff und 131 f; Larenz, Lb., Bd. II, § 66 I e, S. 399 ff; Bd. I, § 19 IV, S. 217 ff. Gewichtige Einwände gegen die Praktikabilität dieser Unterscheidung erhebt Münzberg, a.a.O., S. 332 ff.

122b) Wandlungen, a.a.O., S. 131.

Inhaber eines absolut geschützten Rechtes vorbehalten. Wer diese Rechtsstellung durch sein Handeln tangiert, verletzt unmittelbar diese Rechte. Nach Larenz^{122 c)} liegt ein unmittelbarer Eingriff dann vor, wenn die Verletzung des Rechtsguts nach der Verkehrsauffassung noch zu dem äußeren Ablauf der Handlung selbst gehört. Auch nach diesen einschränkenden Auffassungen liegen bei den Verkehrspflichten, Gegenstände des Verkehrs von vornherein verkehrssicher herzustellen bzw. gefahrträchtige Handlungen ohne die zum Schutz der Rechtsgüter Dritter erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zu unterlassen, keine unmittelbaren Eingriffe in die Rechtsgüter Dritter vor: Nach v. Caemmerer deshalb, weil der Dritte am "uti, frui, abuti" nicht gehindert wird und nach Larenz, weil wohl^{122 d)} nach der Verkehrsauffassung die Realisierung einer potentiellen Gefährdung außerhalb des äußeren Handlungsablaufs liegt. Folgt man dieser Auffassung, ist der Umweg über das Unterlassungsdelikt nicht geboten. Es besteht vielmehr die Möglichkeit, das positive Tun außerhalb des Fahrlässigkeitsurteils¹²³⁾ zu bewerten.

Die Auffassung von Wolf^{123a)}, daß der Grad der Gefährdung, die sich im Erfolgseintritt realisiert, Maßstab der Unrechtsbewertung ist, wenn der Erfolgseintritt typischerweise mit dem ursächlichen Verhalten verbunden ist, führt im Bereich des repressiven Güterschutzes

122c) Lehrbuch, Bd. I, § 19 IV, S. 227.

122d) Das kann man dem von Larenz, Rechtswidrigkeit (vgl. Fußnote 65 b), gewählten Beispiel des Arzneimittelproduzenten und der Ablehnung der Lehre Wolf's, Normzweck, S. 38 ff, entnehmen, daß der Grad der Gefährdung, die sich im Erfolgseintritt realisiere, Maßstab der Unrechtsbewertung sei, wenn der Erfolgseintritt typischerweise mit dem ursächlichen Verhalten verbunden ist (vgl. Fußnote 123 b).

123) Vgl. Fußnote 127.

123a) Normzweck, S. 31 f und S. 38.

durch Begründung deliktischer Handlungspflichten zu einer "unerträglichen Einschränkung"^{123 b)} der Freiheit des Handelns. Die Auffassung Wolfs läuft auf die unrichtige Gleichsetzung von Rechtsgutgefährdung und Rechtswidrigkeit hinaus, so daß der Erfolg immer einem Tun (der gefährdenden Handlung) zuzuordnen wäre.

Gerade das von Wolf gebildete Beispiel, daß sich der Käufer beim Öffnen einer Konservendose am Deckel schneidet^{123 c)}, kann diese Auffassung nicht begründen. Um den Erfolg dem Hersteller der Konservendose zuzuordnen, bedarf es eines Zweck- oder eines Sinnzusammenhangs. Ein Zweckzusammenhang scheitert daran, daß dieser Erfolg vom Willen des Herstellers nicht erfaßt ist; denn der Erfolg ist weder unmittelbar gewollt (*dolus directus*), noch ist der Erfolgseintritt als zwangsläufige Folge der Herstellung erkannt und die Handlung trotzdem ausgeführt worden (*dolus eventualis*). Auch ein Sinnzusammenhang ist zu verneinen; denn im Herstellen wird keine Ursache gesetzt, die den Erfolg bewirkt, auch wenn im Sinne der *c - s - q - n* - Theorie wie der Adäquanztheorie die Herstellung nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfielen¹²⁴⁾. Es fehlt an jeder Einwirkung auf den Kausalverlauf, die nach Abstraktion des Prozeßhaften des Kausalgeschehens das Schneiden am Deckel der Konservendose als Erfolg der Herstellung erscheinen

123b) Formulierung aus Deutsch, *Fahrlässigkeit*, § 11 III 2, S. 227; vgl. auch Larenz, *Lb.*, Bd. II, § 66 I e, S. 429, Fußn. 2 a.E.; Münzberg, *Verhalten und Erfolg*, S. 88, 165, 293, 302 ff; vgl. auch Fußn. 129.

123c) Die gleichen Überlegungen gelten für das Beispiel von Larenz (Fußn. 65 b): den Arzneimittelproduzenten.

124) Darin zeigt sich der verfehlte Ansatz der Kausalitätstheorien, die allein auf die Ursache - Erfolgs - Beziehung zwischen Handeln und Schaden abstellen und das personale Element vollständig außer Acht lassen.

läßt^{124 a)}; denn nicht jede irgendwie geartete Einwirkung auf das Kausalgeschehen begründet die Zuordnung eines Erfolgs zu einer Handlung, sondern nur die Einwirkungen, die das Kausalgeschehen auf den Erfolgseintritt hin so beeinflussen, daß dem Rechtsgutsträger eine seine Obliegenheit, sich selbst zu schützen, überschreitende Gefahr für seine Rechtsgüter aufgebürdet wird^{124 b)}.

Darüber hinaus ist auch eine Zurechnung des Erfolgs nicht möglich, da sich jeder Mensch grundsätzlich nur die durch eigene Handlungen bewirkten Erfolge zurechnen lassen muß, soweit ihm nicht kraft besonderer Regelung die durch Handlungen Dritter herbeigeführten Erfolge zuzurechnen sind. Solche Zurechnungsregeln greifen hier nicht ein.

Stoll¹²⁵⁾ benützt demgegenüber die Normzwecklehre, um aus dem Inhalt des geschützten Rechts für den konkreten Fall die maßgebliche Verhaltensnorm herzuleiten, "sofern die Handlung nicht selbst schon einen Eingriff in das Recht enthält". Das gelte insbesondere für die Verkehrspflichten. Wenn die Normzwecklehre aus dem Inhalt des Rechtsguts Verhaltensnormen herauskristallisiert, steht sie auf dem Boden der Rechtsprechung von der Natur gesetzlicher Zwangspflichten¹²⁶⁾.

124a) Im Ergebnis ebenso Münzberg, a.a.O., S. 306, aus dem Prinzip der Interessenabwägung (Obliegenheit sich selbst zu schützen) und Stoll, Handeln, S. 243, aus dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr.

124b) Das ist der berechtigte Kern der Lehren von der Sozialadäquanz und vom erlaubten Risiko, vgl. unten S. 122 ff.

125) Normzweck, S. 15 ff.

126) Vgl. oben, Fußn. 20. So im Ergebnis Larenz, Rechtswidrigkeit, in Festschrift f. Dölle, Bd. I, S. 169 (189), wenn er die Verkehrspflichtdelikte als "Schutzgesetz" i.S. des § 823 Abs. 2 BGB behandeln will (aus dem Streben heraus, die Erfolgsunrechtslehre und die sog. Indizwirkung des § 823 Abs. 1 BGB unter Ausgliederung unvereinbarer Elemente zu halten).

Damit ist der Erfolg einem Unterlassen zuzuordnen; denn das Tun ist rechtlich nicht relevant und das Unterlassen trägt ein vom Tun losgelöstes Unwerturteil.

Aber auch Fikentscher kann nicht zugestimmt werden. Zwar liefert seine Begründung die Grundlage einer rechtssystematischen Einordnung der Verkehrspflichtdelikte in den Aufbau des zivilen Deliktsrechts. Er übersieht aber, daß eine Bewertung der Handlung und des Erfolgs auch im Rahmen des Fahrlässigkeitsurteils¹²⁷⁾ möglich gewesen wäre und daß nicht die i.d.R. vorliegende fahrlässige Handlung, sondern nur der Teilakt der fahrlässigen Erfolgsverwirklichung, der die Fahrlässigkeit begründet (die Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt), als Handlung verselbständigt und bewertet wird. Die Berechtigung, die der Fahrlässigkeit konstitutiven Unterlassenselemente als selbständige Handlung ohne normative Festlegung durch den Gesetzgeber zu behandeln, entscheidet über die Zurechnung des Erfolgs zum Unterlassen.

Der Güterschutz in § 823 Abs. 1 BGB ist nicht derart absolut ausgestaltet, daß jede Handlung, die nur im Entfernten die Möglichkeit eines Eingriffs in absolut geschützte Rechte in sich trägt, verboten wäre. Darüber hinaus gestattet die allgemeine Handlungsfreiheit¹²⁸⁾

127) So Nipperdey, in Enneccerus-Nipperdey, § 209 IV B 2 b, S. 1293 f, allerdings unter Abkehr von der Erfolgsunrechtslehre und der Fahrlässigkeit als Schuldmerkmal.

128) Auf die umstrittene Frage der Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht braucht hier nicht eingegangen zu werden. Vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, Bd. I, § 14 II 4, S. 93 ff. Auch wenn man eine unmittelbare Geltung im Zivilrecht verneint, kommt man im Rahmen der allgemeinen Generalklauseln zur Geltung im Zivilrecht.

im Rahmen des Verkehrsüblichen¹²⁹⁾ eine Vielzahl i.d.R. sogar bewußter Gefährdungen der Rechtsgüter Dritter, weil ansonsten jede technisch-wirtschaftliche Betätigung zum Erliegen kommen müßte¹³⁰⁾. Das menschliche Zusammenleben erfordert eine Ausweitung des Handlungsspielraumes. Das bedeutet aber auch, daß diese Handlungen generell erlaubt sind. Der Stempel des Generell-Erlaubten läßt das positive Tun als Zu-rechnungsgrund ausscheiden. Auf der anderen Seite ist die Gefährdung der Rechtsgüter Dritter diesen Handlungen typisch oder doch die mögliche Gefährdung dem Handelnden erkennbar. Da die Handlung als solche trotz einer typischen oder doch erkennbar möglichen Gefährdung der Rechtsgüter Dritter generell erlaubt ist, der Eingriff in absolut geschützte Rechte Dritter aber trotzdem verboten bleibt, gebiert der Interessenkonflikt^{131 a)} und nicht der Normzweck, wie Stoll meint¹³¹⁾, ein Handlungsgebot, nämlich, die erforder-

129) Münzberg, a.a.O., S. 273, spricht hier vom "Interesse der Rechtsordnung an der Handlungs- und Bewegungsfreiheit des Einzelnen" und vom "Interesse am ungestörten Ablauf und an der vernünftigen Fortentwicklung sozial notwendiger Lebensäußerungen" (Nachweise bei Münzberg, a.a.O., Fußn. 533 u. 534), die außerhalb der allgemeinen Handlungsfreiheit Anerkennung gefunden haben, da ansonsten die innere Handlungsfreiheit durch eine Überspannung von Rechtspflichten vom "Recht" selbst bedroht wäre.

130) Ein typisches Beispiel bietet § 26 GewO. Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 69, weist darauf hin, daß im Bereich des repressiven Güterschutzes im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB das Gesetz die Freiheit zum Handeln generell vorzieht.

131a) Über das Prinzip der Interessenabwägung als Maßstab des Unrechtsurteils s. unten, S. 120. Ausführlich Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 259 ff. Zur Interessenabwägung auf der Stufe der Tatbestandsmäßigkeit vgl. unten, S. 123 ff.

131) Vgl. oben, Fußn. 125. Das Handlungsgebot wirkt wie eine Blankettnorm. Die Ausfüllung der Blankettnorm erfolgt u.a. (näheres s. unten, S. 123 ff) aus dem Interessenkonflikt, bei dessen Abgrenzung im Einzelnen der Normzweck des § 823 Abs. 1 BGB von Bedeutung ist.

lichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, die nach menschlichem Ermessen eine Aktualisierung der Gefährdung in einer Rechtsgüterverletzung verhindern werden. Das Handlungsgebot verselbständigt die verkehrserforderliche Sorgfalt, indem es den Fahrlässigkeitsmaßstab zum Inhalt der Handlungsnorm erhebt und den Erfolg rechtlich einem Unterlassen zurechnet. Aber nicht, wie Fikentscher meint, um über die Rechtspflicht zum Handeln einen Maßstab der Handlungs-Erfolgs-Bewertung zu begründen, sondern weil der Interessenkonflikt zwischen der generellen Erlaubtheit und dem Rechtsgüterschutz des § 823 Abs. 1 BGB auf andere Art und Weise nicht zu lösen ist. Daher konstruierte die Rechtsprechung zu Recht die Verkehrspflichtdelikte als Unterlassungen, auch wenn von der Natur gesetzlicher Zwangspflichten wenig übrig bleibt und sich das Handlungsgebot als Blankettnorm darstellt, das seine wertende Ausfüllung aus der Lösung des Interessenkonflikts in concreto bezieht. So ist - um ein Beispiel hier anzufügen - die industrielle Waren- und Güterherstellung generell erlaubt. Um die damit verbundene Gefährdung Dritter beim Gebrauch dieser Waren auf ein zumutbares Maß zu beschränken, ist der Hersteller zur Herstellung entsprechend dem technischen Wissensstand und zu ausreichenden Fertigungskontrollen verpflichtet, um technische Fertigungsfehler und davon ausgehende Gefährdungen zu verhindern¹³²⁾.

(c) Primäre Handlungspflichten

Die primären Handlungspflichten setzen eine deliktische Handlungspflicht voraus. Sie beinhalten den Rest an Verantwortlichkeit, der jedem Menschen auch bei Bestellung eines Dritten zu Einrichtungen verbleibt und der unübertragbar ist¹³³⁾. Da Zuordnungs-¹³⁴⁾ und Zu-

132) Vgl. BGH v. 26. Nov. 1968, VersR 69, 155.

133) Vgl. unten, Teil II, S. 66 ff.

134) Wenn Gegenstände des Verkehrs ursprünglich verkehrssicher hergestellt waren.

rechnungsgrund¹³⁵⁾ der deliktischen Handlungspflichten ein Unterlassen ist und die primären Handlungspflichten sich als unübertragbarer Rest der Verantwortlichkeit aus deliktischen Handlungspflichten darstellen, sind auch die Erfolge, die auf der Verletzung einer primären Handlungspflicht beruhen, einem Unterlassen zuzuordnen bzw. zuzurechnen.

¹³⁵⁾ Wenn Gegenstände des Verkehrs von vornherein nicht den Anforderungen an die Sicherheit gemäß dem technischen Wissenstande entsprechen.

Teil II: Primäre Handlungspflichten

1. Begriff und Arten

a) Begriff

Der Begriff primäre Handlungspflichten wird bisher in der Literatur nicht verwandt. Wir verstehen darunter die deliktischen Handlungspflichten¹³⁶⁾, deren Erfüllung jedermann in eigener Person obliegt. Die Bestellung eines Verrichtungsgehilfen ist zwar grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Der Geschäftsherr kann sich aber auf § 831 BGB nicht berufen. Selbst wenn er den Entlastungsbeweis führen könnte, wird er aus seiner persönlichen Verantwortlichkeit nicht entlassen¹³⁷⁾. Die Übertragung auf Dritte erfolgt auf eigene Gefahr¹³⁸⁾.

Der Begriff primäre Handlungspflichten steht nicht im Gegensatz zu sekundär. Mit dem Begriff primär wird allein zum Ausdruck gebracht, daß diese Handlungspflichten auch bei Bestellung eines Verrichtungsgehilfen als selbständige eigene, mit haftungsrechtlicher Wirkung nicht delegierbare, deliktische Handlungspflichten dem Pflichtigen ein bestimmtes Tun gebieten. Es gibt also als Gegensatz weder sekundäre Pflichten noch einen Sekundärverpflichteten. Die deliktsrechtliche Haftung anderer Personen - unter welchem Gesichtspunkt auch immer die Haftung begründet ist - wird nicht berührt.

¹³⁶⁾ Zum Begriff "deliktische Handlungspflichten" vgl. oben, S. 4. Die Literatur spricht üblicherweise von Verkehrspflichten, vgl. z.B. RGRK, § 823 BGB, Anm. 45 ff oder Verkehrssicherungspflichten, vgl. z.B. Esser, Schuldrecht, Lb., Bd. II, § 108, S. 412 ff.

¹³⁷⁾ Eine eventuelle Haftung des Verrichtungsgehilfen beurteilt sich nach allgemeinen Grundsätzen.

¹³⁸⁾ So Esser, MDR 57, 216 in Anm. zu BGH v. 6. Nov. 1956, MDR 57, 214.

b) Arten

Man kann zwei Arten primärer Handlungspflichten unterscheiden:

Die allgemeine Aufsichtspflicht und die Organisationspflicht. Beide Pflichten sind nicht wesensverschieden, sondern unterscheiden sich nur in Inhalt und Umfang voneinander. Die allgemeine Aufsichtspflicht besteht gegenüber einer Einzelperson, die der Träger einer deliktischen Handlungspflicht mit der Erfüllung dieser Pflicht beauftragt hat. Die Organisationspflicht greift ein, wenn einer mehrstufig, hierarchisch aufgebauten Organisation insgesamt - die wir als Sozialperson bezeichnen wollen, ohne daß mit dem Begriff Person eine Rechtssubjektivität zu verbinden wäre - die Erfüllung deliktischer Handlungspflichten übertragen ist. Der inhaltliche Wandel der allgemeinen Aufsichtspflicht zur Organisationspflicht ist durch die typischen Eigentendenzen bedingt, die jede Sozialperson zu entwickeln geneigt ist. Das sind die Tendenz der generellen Unzuständigkeit des Einzelnen für alle unangenehmen Aufgaben, soweit nicht eine ausdrückliche Aufgabenübertragung stattfindet, die Tendenz der unvollständigen und mangelhaften Information der verschiedenen Organisationsstufen und des Einzelnen, sowohl von oben nach unten wie von unten nach oben, und die Tendenz der unvollständigen Überwachung untergeordneter Stufen. Aus diesen typischen Eigentendenzen soll einem Dritten kein Schaden entstehen können. Da im Rahmen einer Organisation die Überwachung jedes Einzelnen durch den Prinzipal persönlich praktisch nicht durchführbar und deshalb auch nicht zumutbar ist - die Rechtsordnung kann vom Einzelnen nichts Unmögliches verlangen - muß der Prinzipal durch eine entsprechende Ausgestaltung der Organisation deren typische Gefahrenquellen ausschalten. Im Grunde erfüllt er damit seine allgemeine Aufsichtspflicht gegenüber der Sozialperson, weil er alles getan hat, um die Ausführung der ihm obliegenden deliktischen Handlungspflichten durch seinen "Beauftragten" sicherzustellen.

2. Begründung und Entwicklung in der Rechtsprechung

a) Rechtsprechung des RG

Eine allgemeine Aufsichtspflicht hat das RG - soweit ersichtlich - zum ersten Mal in seiner Entscheidung vom 20. November 1902¹³⁹⁾ bejaht mit der Begründung, daß sich die Haftung eines Eisenbahnunternehmens wegen Verletzung der Pflicht zur Beleuchtung des Bahnhofsvorplatzes "nicht ausschließlich nach den Vorschriften über die Haftung des Geschäftsherrn für das Tun und Lassen des zur Verrichtung Bestellten, sondern auch nach der Vorschrift in § 823 BGB bestimme. Sie (die Beklagte)¹⁴⁰⁾ selbst hat, bzw. durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter, dafür zu sorgen, daß jene Verpflichtung erfüllt werde und sie würde nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben, wenn sie jedwede Kontrolle darüber unterlassen hätte, ob eine ihr obliegende Pflicht, deren Erfüllung sie einer Person übertragen hatte, für deren Handlungen und Unterlassungen sie nicht schlechthin haftet, auch wirklich erfüllt werde". Die inhaltlich gleiche Begründung findet sich in der Entscheidung vom 15. Jan. 1903¹⁴¹⁾. Die späteren Entscheidungen des RG¹⁴²⁾ bejahen

¹³⁹⁾ RGZ 53, 53 (57) = JW 1903, Beilage, Nr. 20.

¹⁴⁰⁾ Klammerzusatz vom Verfasser.

¹⁴¹⁾ RGZ 53, 276 (281).

¹⁴²⁾ RG v. 6. Okt. 1902, JW 1903, Beilage, Nr. 21;
v. 5. Nov. 1903, JW 1903, Beilage, Nr. 294;
v. 9. Juli 1906, JW 1906, 547, Nr. 13;
v. 18. Okt. 1906, JW 1906, 745, Nr. 16;
v. 15. Sept. 1907, JW 1907, 674, Nr. 9;
v. 23. Sept. 1909, JW 1909, 659, Nr. 10;
v. 12. Nov. 1910, JW 1911, 95, Nr. 20;
v. 14. Dez. 1911, RGZ 78, 107 (109);
v. 20. Jan. 1912, Warn.Rspr. 1912, Nr. 164;
v. 2. Juni 1913, Warn.Rspr. 1913, Nr. 364;
v. 20. April 1914, Warn.Rspr. 1914, Nr. 187;
v. 25. Febr. 1915, RGZ 87, 1 (4);
v. 13. März 1919, RGZ 95, 181 (185);
v. 8. Jan. 1926, RGZ 112, 290 (295);
v. 7. April 1930, RGZ 128, 149 (153).

eine allgemeine Aufsichtspflicht des Unternehmers, die sich auf seinen gesamten Geschäftsbetrieb erstreckt, ohne irgendeine nähere Begründung dafür zu geben. Diese allgemeine Aufsichtspflicht besteht für jeden Geschäftsbetrieb, nicht nur für den juristischen Personen¹⁴³⁾. Sie obliegt dem Geschäftsherrn persönlich bzw. dem (oder den) gesetzlichen Vertretern der juristischen Person. Sie besteht "schlecht-hin in allen menschlichen Verhältnissen"¹⁴⁴⁾. Eine abweichende Begründung bringt das Urteil des RG v. 29. April 1926¹⁴⁵⁾. In dieser Entscheidung spricht das RG aus, daß eine "allgemeine Pflicht zur Aufsicht (bestehe)¹⁴⁶⁾, die dem für die Erfüllung von Verkehrspflichten Verantwortlichen, so dem Vorsteher eines Hauswesens oder dem Inhaber eines gewerblichen Unternehmens, obliegt, wenn er die Erfüllung der Verkehrspflichten und gegebenenfalls die zur Sicherung der Erfüllung erforderlichen Schutzmaßnahmen Dritten überläßt. Dieser allgemeinen Aufsichtspflicht kann sich der Geschäftsherr nicht dadurch völlig entziehen, daß er sie auf einen, wenn auch sorgfältig ausgewählten Angestellten oder Betriebsleiter überträgt." Nach der Rechtsprechung des RG¹⁴⁷⁾ beschränkt sich die allgemeine Aufsichtspflicht auf die Oberaufsicht. Im Großbetrieb ist es faktisch nicht möglich, daß der Geschäftsherr diese Aufsicht persönlich ausübt. Er kann insoweit die Aufsicht auf Angestellte oder Betriebsleiter übertragen. Er muß jedoch die allgemeinen

143) RG v. 14. Dez. 1911, RGZ 78, 107 (109): "Die allgemeinen Aufsichtsordnungen sind dagegen regelmäßig Aufgabe des Geschäftsherrn selbst, bei Körperschaften mithin der gesetzlichen Vertreter."

144) RG. v. 13. März 1919, RGZ 95, 181 (185).

145) RGZ 113, 293 (297). Das Urteil verweist auf RG Warn.Rspr. 1912, Nr. 164. Dieses Urteil bejaht zwar die allgemeine Aufsichtspflicht, wenn die Erfüllung einer Verkehrssicherungspflicht einem Dritten übertragen wird, begründet sie aber damit nicht.

146) Klammerzusatz vom Verfasser.

147) Vgl. die in Fußnote 142 zitierten Entscheidungen.

Aufsichtsanordnungen treffen, nach denen die von ihm bestellten Aufsichtspersonen die Aufsicht auszuüben haben und deren Durchführung nach den Umständen des Einzelfalles überwachen, insbesondere dann, wenn Zweifel an der Zuverlässigkeit der mit der Aufsicht beauftragten Angestellten bestehen. Im übrigen bedarf es keiner besonderen Überwachung der einzelnen Anordnungen, "da dies zu einer Aufsicht ohne Ende führen würde"¹⁴⁸⁾.

Mit der Entscheidung v. 14. Dez. 1911¹⁴⁹⁾ hat das RG die Zulässigkeit des sog. dezentralisierten Entlastungsbeweises anerkannt. "Wenn - was selbstverständlich i.S.d. § 831 BGB vom Geschäftsherrn nachzuweisen ist - der Umfang eines großen industriellen Betriebes oder einer sonstigen großen Verwaltung oder wenn andere persönliche Hindernisse dem Geschäftsherrn selbst die Auswahlstätigkeit hinsichtlich der niederen Angestellten unmöglich machen und diese einem Angestellten höherer Ordnung übertragen werden, dann hat sich insoweit der Entlastungsbeweis auf diese letztere Person zu richten." Gleichzeitig tritt neben die allgemeine Aufsichtspflicht bzw. die Verpflichtung, die allgemeinen Aufsichtsmaßnahmen zu treffen, die Verpflichtung allgemeine Aufsichtseinrichtungen zu schaffen, auf deren Grundlage die "praktische Aufsichtstätigkeit im Besonderen"¹⁵⁰⁾ auszuüben ist. "Denn erst dadurch werden die Ausgewählten, die sonst nach eigenem Willen schalten und walten könnten und ihrem eigenen Tun überlassen wären, zu sorgfältigen Angestellten, daß sie an die Betriebs-einrichtungen des Geschäftsherrn gebunden werden und die zur Betriebsführung erlassenen Anordnungen zu

¹⁴⁸⁾ RG v. 13. März 1919, RGZ 95, 181 (185).

¹⁴⁹⁾ RGZ 78, 107 (108).

¹⁵⁰⁾ RGZ 78, 107 (109).

befolgen haben An ausreichender Organisation hat es aber bei der Beklagten gefehlt¹⁵¹⁾. Hier erscheint zum ersten Mal der Begriff der ausreichenden Organisation¹⁵²⁾, aus dem das RG die Haftung des Geschäftsherrn wegen eines Organisationsmangels bzw. Organisationsverschuldens ableitet.

Das RG hat eine allgemeine Organisationspflicht vor allem für die Gemeinden bejaht, die für die Verkehrssicherheit der Straßen und Wege zu sorgen verpflichtet sind. Es führt aus: "Es ist grundsätzlich zu erfordern, ... daß sie weiter den Vollzug, die Angemessenheit und das Zureichen jener Anordnungen fortlaufend erprobt und sicherstellt, indem sie die Organisation und die Amtstätigkeit der dafür bestellten Beamten und Bediensteten im Allgemeinen kontrolliert. Kein Gemeinwesen tut in der in Rede stehenden Richtung genug durch Bestellung geeigneter Beamter, für die es sich nach § 831 BGB entlasten kann; es hat außerdem in der bezeichneten Weise tätig zu werden und, diese "Obliegenheit"¹⁵³⁾ wahrzunehmen, ist Sache der verfassungsmäßigen Vertreter, für deren Betätigung die juristische Person schlechthin haftet"¹⁵⁴⁾. Diesen Gedanken der Verantwortlichkeit der verfassungsmäßigen Vertreter der jur. Person für die Erfüllung der ihr

151) RG v. 2. Juni 1913, Warn.Rspr. 1913, Nr. 364 inhaltlich gleich: RG v. 20. April 1914, Warn.Rspr. 1914, Nr. 187.

152) Expressis verbis unterscheidet das RG zwischen Aufsichtspflicht und Organisationspflicht, soweit ersichtlich, zum ersten Mal in RG JW 1938, 1651, Nr. 12 (Fußn. 155).

153) Anführungszeichen vom Verfasser, da der Begriff der Obliegenheit heute in einem anderen Sinn verwendet wird (vgl. z.B. Palandt, § 254 BGB, Anm. 2 a).

154) RG v. 28. Nov. 1913, Warn.Rspr. 1914, Nr. 35; v. 27. Nov. 1916, RGZ 89, 136 (138); v. 16. Febr. 1937, RGZ 153, 356 (360); v. 12. Okt. 1938, JW 1938, 3162 (3163 r. Sp.).

obliegenden Verpflichtungen ergänzt das RG dahin, daß ein verfassungsmäßiger Vertreter bestellt werden muß, wenn es "die tatsächlichen Umstände des täglichen Lebens, insbesondere des wirtschaftlichen Verkehrs"¹⁵⁵⁾ mit sich bringen, daß die Bestellung von Personen, für die sich die jur. Person nach § 831 BGB

-
- 155) RG v. 1. April 1931, JW 1932, 2076, Nr. 9;
v. 10. Okt. 1932, JW 1932, 3702, Nr. 1
= Seuff. Arch. 87, Nr. 51;
v. 6. Jan. 1935, Seuff. Arch. 90, Nr. 32,
S. 66;
v. 19. Dez. 1935, JW 1936, 915, Nr. 1;
v. 12. Jan. 1938, JW 1938, 1651, Nr. 12;
v. 9. März 1938, RGZ 157, 228 (235);
v. 14. März 1939, RGZ 162, 129 (166);
v. 25. Okt. 1943, DR 1944, 287, Nr. 9.

Diese Rechtsprechung geht auf die Urteile RG Warn. Rspr. 1914, Nr. 35; RGZ 89, 136 (138) (vgl. Fußn. 154) zurück, wo das RG ausführt, daß die Aufsichtspflicht immer einem verfassungsmäßigen Vertreter obliegen müsse, für dessen Tätigkeit die jur. Person schlechthin hafte. Landwehr (AcP 164, 482 (486)) folgert daraus m.E. zu Recht, daß darin eine "körperschaftliche Organisationspflicht" (zum Begriff vgl. Fußn. 206) nicht festgelegt, sondern eine unübertragbare Aufsichtspflicht begründet wurde. Auf der gleichen Linie liegt RG v. 18. April 1931, JW 1931, 2235, Nr. 7. Ausdrücklich als rechtsirrig verneint wurde eine körperschaftliche Organisationspflicht vom 7. Senat des RG im Urteil vom 16. Febr. 1937 (RGZ 153, 356 (359)) trotz der bereits ergangenen Urteile des 6. Senats (vgl. die oben zitierten ersten 6 Urteile, in denen ausdrücklich von der Pflicht zur Bestellung eines satzungsmäßigen Vertreters die Rede ist). Wie Landwehr richtig ausführt (AcP 164, 482 (498)), hatte der 6. Senat noch generell ausgesprochen, daß die jur. Person für bestimmte Tätigkeiten, die ihr Vorstand wegen anderweitiger Geschäfte nicht wahrnehmen konnte, einen besonderen verfassungsmäßigen Vertreter bestellen muß. Der 3. Senat (vgl. oben die beiden letzten Urteile) verlangt konkret, daß die jur. Person, wenn sie bestimmte Geschäftsbereiche, die eigentlich ihren Organen obliegen, einem ihrer Angestellten zur selbständigen Ausübung überträgt, diesen als verfassungsmäßigen Vertreter einsetzen muß. Ich kann zwischen der Rechtsprechung des 6. Senats und der des 3. Senats im Gegensatz zu Landwehr, a.a.O., S. 498, einen wesentlichen Unterschied nicht finden.

entlasten kann, den Sorgfaltsanforderungen des Verkehrs nicht genügt. Wenn die Satzung in einem solchen Fall die Bestellung eines besonderen Vertreters nicht vorsehe, sei das jedenfalls ein Organisationsmangel, der die Berufung auf § 831 BGB ausschließt.

Für die Rechtsprechung des RG ist demnach zusammenfassend festzustellen:

(1) Es besteht eine allgemeine Aufsichtspflicht

- (a) für jeden, der die Erfüllung ihm persönlich obliegender Verpflichtungen (sog. Verkehrspflichten) auf Dritte überträgt und es dem Dritten überläßt, die notwendigen Maßnahmen zur Erfüllung dieser Verpflichtung zu treffen und
- (b) für den Geschäftsherrn im Rahmen seines Geschäftsbetriebs für die dort beschäftigten Verrichtungsgehilfen.

(2) Daneben besteht eine Organisationspflicht

- (a) bei Großbetrieben und sonstigen großen Verwaltungen. Die Zulässigkeit der Übertragung der Aufsicht (spezielle Aufsicht) auf leitende Angestellte und die Möglichkeit des dezentralisierten Entlastungsbeweises erfordern organisatorische Sicherheitseinrichtungen, die die Bindung der leitenden Angestellten an die allgemeinen Aufsichtsankordnungen und die Kontrolle ihrer Erfüllung sicherstellen; und
- (b) bei jur. Personen zur Bestellung eines verfassungsmäßigen Vertreters, wenn die Erfüllung allgemeiner deliktischer Handlungspflichten in Frage steht, da § 31 BGB eine Erstreckung der allgemeinen Haftungsvorschriften auf die jur. Person bezweckt und keine Einschränkung enthält.

b) Rechtsprechung des BGH

Der BGH übernahm in ständiger Rechtsprechung¹⁵⁶⁾ die Grundsätze des RG zur allgemeinen Aufsichtspflicht und zur Organisationspflicht. Insbesondere muß der Geschäftsherr dann allgemeine Sicherungs- und Aufsichtsmaßnahmen treffen, wenn der Geschäftsbetrieb Gefahrenquellen für Dritte einschließt¹⁵⁷⁾. Auch nach der Rechtsprechung des BGH ist es zulässig, mit der Erfüllung deliktischer Handlungspflichten Dritte zu beauftragen. Von der allgemeinen Überwachungspflicht wird der Verpflichtete aber nicht entbunden¹⁵⁸⁾. Das gilt insbesondere auch dann, wenn eine dieser Handlungspflichten in einem Schutzgesetz normiert ist¹⁵⁹⁾. An diese allgemeine Aufsichtspflicht sind strenge Anforderungen zu stellen, wenn die Tätigkeit des Betriebs mit erheblichen Gefahren verbunden ist¹⁶⁰⁾.

156) Vgl. die Zitate bei RGRK, § 823 BGB, Anm. 73 - 78, bei Palandt, § 823 BGB, Anm. 8 d und zu folgenden Aufsätzen: Landwehr, AcP 164, 482 ff; Böhmer, MDR 64, 968 ff; Löffler, NJW 65, 2392 ff; Helm, AcP 166, 389 ff; Neumann-Duesberg, NJW 66, 624 ff und 715 ff; Krüger, VersR 69, 306 ff; Stoll, in Festschrift für Hippel, 1967, 557 ff und Simitis, Gutachten zum DJT 1968, S. 92 ff und die folgenden Fußnoten und z.B. BGH v. 22. Okt. 1964, VersR 65, 44 (45 1. Sp.).

157) BGH v. 8. Nov. 1963, VersR 64, 297 = VRS 26, 181.

158) Z.B. BGH v. 12. Juli 1968, VersR 1968, 1161.

159) BGH v. 15. Okt. 1951, NJW 1952, 61; v. 6. Nov. 1956, VersR 1957, 62; v. 3. Jan. 1961, VersR 1961, 231; v. 4. April 1967, VersR 1967, 685; v. 26. Nov. 1968, VersR 1969, 155 (159 1. Sp.).

160) So ständig für den KFZ-Halter bei Schwarzfahrten, vgl. z.B.

BGH v. 11. März 1958, VersR 58, 328;

v. 1. April 1958, VersR 58, 413;

v. 31. Jan. 1961, VersR 61, 417;

v. 2. Febr. 1962, VersR 62, 333;

v. 19. Okt. 1965, VersR 66, 78;

und für den Fall, daß der Halter das KFZ einem unzuverlässigen, übermüdeten oder angetrunkenen Fahrer zur Verfügung stellt, vgl. BGH v. 3. Nov. 1964, VersR 65, 131.

Der BGH gibt auch expressis verbis die Begründung für die allgemeine Überwachungspflicht, soweit die Übertragung einer deliktischen oder einer in einem Schutzgesetz normierten Handlungspflicht nicht in Frage steht - sie liegt auch allen Urteilen des RG zugrunde, ohne jemals ausgesprochen zu sein - daß "der Bauunternehmer es an der angesichts der Größe der Gefahr¹⁶¹⁾ unabdingbaren Überwachungspflicht habe fehlen lassen"¹⁶²⁾. Der Grundsatz des neminem laedere findet in den als selbständige Deliktskategorie erkannten Verkehrspflichtdelikten¹⁶³⁾ in der Gestalt der allgemeinen Aufsichtspflicht bei den die Rechtsgüter Dritter gefährdenden Verrichtungen des "Verrichtungsgehilfen"^{163 a)} seinen Ausdruck.

Der BGH übernahm auch die Rechtsprechung des RG zur Zulässigkeit des dezentralisierten Entlastungsbeweises bei Großbetrieben und der Übertragung der speziellen Aufsicht auf leitende Angestellte. Aufgabe des Geschäftsherrn bleibt es, "die allgemeinen Aufsichtsmaßnahmen zu treffen, die die Gewähr für eine ordentliche Betriebsführung bieten"¹⁶⁴⁾. Der Geschäftsherr hat für sein Organisationsverschulden einzustehen und die jur. Person haftet für das Organisationsverschulden ihrer verfassungsmäßigen Vertreter. Auch muß bei der jur. Person grundsätzlich ein verfassungsmäßiger Vertreter bestellt werden, der für die der jur. Person obliegenden Verpflichtungen verantwortlich ist¹⁶⁵⁾.

161) Hervorhebung vom Verfasser.

162) BGH v. 7. Jan. 1966, Rspr. Bau Z 4, 13 Bl. 114.

163) Vgl. Fikentscher, Lb., 2. Aufl., § 97 IV und § 103 III und Fußnote 169.

163a) Siehe Fußnote 242.

164) BGH v. 25. Okt. 1951, BGHZ 4, 1 (2); im Ergebnis ebenso BGH v. 10. Mai 1957, BGHZ 24, 200 (213); v. 8. Nov. 1963, VersR 64, 297; BGH v. 24. Nov. 1964, DB 1965, 324; v. 27. Febr. 1967, VersR 1967, 468; v. 4. April 1967, VersR 1967, 685.

165) BGHZ 24, 200 (213); BGH v. 5. März 1963, BGHZ 39, 124 (129); nicht eindeutig BGH v. 30. April 1953, VersR 53, 319 (319).

Aber auch hier geht der BGH einen Schritt weiter als das RG. Er läßt es im Urteil vom 17. Okt. 1967 dahingestellt, "ob an der den Großbetrieb begünstigenden Rechtsprechung zum dezentralisierten Entlastungsbeweis festgehalten werden kann. Jedenfalls ist der Unternehmer der Pflicht nicht enthoben, die allgemeinen Aufsichtsanweisungen selbst zu treffen. Diese Pflicht zur allgemeinen Oberaufsicht obliegt in jedem Fall ihm; auch einem sorgfältig ausgewählten leitenden Angestellten kann er sie nicht mit der Folge überlassen, daß er sich selbst der Haftung entzieht¹⁶⁶⁾. Bei jur. Personen greift die Zurechnungsregel des § 31 BGB ein, wenn die schuldhaft Verletzung allgemeiner Überwachungs- und Organisationspflichten zu einer Rechtsgutsverletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB geführt hat"¹⁶⁷⁾. Damit war der Weg frei geworden für die Entscheidung vom 26. Nov. 1968¹⁶⁸⁾, wo der BGH bei der industriellen Massenproduktion die Verpflichtung bejahte, durch Aufsichts- und organisatorische Maßnahmen eine für den Endabnehmer gefahrfreie Warenproduktion zu sichern. Die Übertragung der Aufsicht auf leitende Angestellte ist keine Voraussetzung dieser Organisationspflichten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß der BGH die Rechtsprechung des RG im Grundsatz übernommen hat. Die Begründung hat sich von einer gewissen Fallkasuistik gelöst und allgemeineren Grundgedanken zugewandt. Diese Entwicklung verlief parallel zur dogmatischen Erfassung der sog. Verkehrspflichtdelikte als selbständige Deliktskategorie¹⁶⁹⁾.

166) Hier ist in dem Zitat ein Hinweis auf RGZ 87,1 (4).

167) BGH v. 17. Okt. 1967, NJW 68, 247 Nr. 4.

168) BGH VersR 69, 155 (159).

169) Fikentscher, Lb., 2. Aufl., § 97 IV, § 103 III stellt dies klar heraus. Vgl. auch Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. II, § 108 und Larenz, Lb., Bd. II, § 66 I f, S. 43 ff. Ihre besondere Problematik hatte Esser schon viel früher erkannt; Esser, Gefährdungshaftung, S. 23 ff.

3. Die Einordnung in das Deliktsrecht

RG und BGH haben in ständiger Rechtsprechung die allgemeine Aufsichtspflicht und die Organisationspflichten in das Deliktsrecht eingeordnet. Bei Unterlassung der geforderten Oberaufsicht und der geforderten organisatorischen Maßnahmen im Falle der Übertragung der allgemeinen Aufsicht auf leitende Angestellte haftet der Geschäftsherr aus § 823 Abs. 1 BGB - die jur. Person gem. §§ 823 Abs. 1, (89), 31 BGB - wenn dadurch Dritte an in dieser Vorschrift geschützten Rechtsgütern einen Schaden erleiden. Die Einordnung ins Deliktsrecht ist dadurch bedingt, daß vertragliche¹⁷⁰⁾ Beziehungen zwischen dem "Geschäftsherrn"^{170 a)} und dem Dritten nicht vorliegen. Eine Ausweitung der Anwendbarkeit schuldrechtlicher Vorschriften über das Institut der culpa in contrahendo auf die primären Handlungspflichten kommt nicht in Betracht, weil eine Vertragsanbahnung und damit ein gesteigerter sozialer, rechtlich relevanten Kontakt nicht gegeben ist. Der Geschädigte fällt auch nicht in den durch den personrechtlichen Einschlag gekennzeichneten Schutzbereich eines sog. Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte, weil in den Fällen primärer Handlungspflichten irgendwelche vertraglichen Beziehungen nicht in Frage stehen. So werden auch in der Literatur¹⁷¹⁾ diese Handlungspflichten (Verkehrspflichten einschließlich der primären Handlungspflichten) dem Deliktsrecht unterstellt. Diese Tatsache war Anlaß und Berechtigung, für diese Handlungspflichten den Begriff der deliktischen Handlungspflichten einzuführen¹⁷²⁾.

170) Siehe Fußnote 181

170a) Vgl. Fußnote 242.

171) Vgl. z.B. Esser, Schuldrecht, Bd. II, § 108; Larenz, Lb., Bd. II, § 66 I f; Fikentscher, Lb., 2. Aufl., § 97 IV, § 103 III; ebenso alle Kommentare zum BGB.

172) Vgl. oben Seite 4.

Allerdings wurden in jüngster Zeit in der Literatur bei der sog. Waren-¹⁷³⁾ -resp. Produzenten-¹⁷⁴⁾ oder Produkthaftung¹⁷⁵⁾ -Versuche unternommen, eine quasikontraktliche Haftung¹⁷⁶⁾ aus in Anspruch genommenem Vertrauen in Analogie zu § 122 BGB¹⁷⁷⁾ bzw. entsprechend den zur culpa in contrahendo entwickelten Rechtssätzen¹⁷⁸⁾ herzuleiten. Da der Warenabsatz auch in einer modernen arbeitsteiligen Wirtschaft über mehrere Verteilerstufen erfolgt und die einzelnen Stufen miteinander jeweils wie die Glieder einer Kette mit der vorausgehenden und der nachfolgenden Stufe in vertraglichen Beziehungen stehen, waren diese Versuche a priori nicht von der Hand zu weisen, die Haftung des Produzenten gegenüber dem Konsumenten über vertragliche oder quasivertragliche Beziehungen zu lösen. Der BGH¹⁷⁹⁾ hat diese Lösungsvorschläge zu Recht¹⁸⁰⁾ abgelehnt, weil damit die durch den Vertrag gezogene Abgrenzung zwischen schuldrechtlichem und deliktischem Bereich in folgenschwerer Weise durchbrochen würde und weil vor allem in dem zur Entscheidung stehenden Falle das Vertrauen des geschädigten Landwirts nicht in Anspruch genommen worden war; denn der Impfstoff war vom behandelnden Tierarzt aufgrund seiner Diagnose zur Behandlung ausgewählt

173) Fikentscher, Lb., 2. Aufl., § 103 IV vor 1.

174) Simitis, Grundfragen und Gutachten des 47. Deutschen Juristentags, passim; Lukes JuS 68, 345 ff.

175) Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., § 108 II 3 b, S. 419.

176) Neben unmittelbarer vertraglicher Haftung mit dem Institut der Drittschadensliquidation, des Vertrags zu gunsten Dritter, des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und des Garantievertrags (vgl. Reh binder, ZHR 129, 171 ff (173 - 178) und Simitis, Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag, Teil C, S. 27 ff mit ins Einzelne gehenden Nachweisen).

177) Von Lorenz, Beiheft zum VersR 1963, 15 in die Diskussion gebracht, übernommen von Markert, BB 1964, 319 (322 l. Sp.) und Reh binder, ZHR 129, 171 (180 ff).

178) Steffen, JR 1968, 287 (293); Canaris, JZ 1968, 494 (501 f).

179) BGH v. 26. Nov. 1968, VersR 1969, 155 (158 l. Sp.).

180) Es erübrigt sich, auf die Argumente im Einzelnen einzugehen, da dies für die Lösung unserer Frage ohne Bedeutung ist.

worden und konnte nur vom Tierarzt von der Herstellerfirma bezogen werden, so daß der geschädigte Landwirt nur Geschädigter und nicht Verbraucher und schon deshalb allein auf deliktische Ansprüche beschränkt war. Wenn es auch der BGH offengelassen hat, ob der Produzent in eine vertragsähnliche Haftung einbezogen werden kann, so ergibt sich daraus ganz klar, daß bei primären Handlungspflichten nur deliktische Ansprüche in Betracht kommen, weil zwischen Handlungspflichtigem und Geschädigtem im Normalfall keinerlei vertragliche oder vertragsähnliche Beziehungen¹⁸¹⁾ bestehen. Der soziale Kontakt allein, wie er sich aus dem Zusammenleben der Menschen notwendig ergibt, schafft noch keine vertraglichen Beziehungen; denn sonst stünden alle Menschen (nur) in vertraglichen Beziehungen zueinander. Der Kontakt muß auch sozial erheblich sein und deshalb durch die Rechtsordnung als rechtlich relevant anerkannt sein. Da die geltende Rechtsordnung Vertrag und Delikt¹⁸²⁾ scharf voneinander unterscheidet und die Voraussetzungen der vertraglichen Beziehungen bei primären Handlungspflichten nur ausnahmsweise einmal auch gegeben sind, sind die primären Handlungspflichten in das Deliktsrecht einzuordnen¹⁸³⁾.

181) Anspruchskonkurrenz zu vertraglichen Ansprüchen ist denkbar, wenn der Handlungspflichtige ausnahmsweise auch aus einem Vertrag (z.B. Miete) zu bestimmten, Rechte Dritter i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB bewahrenden Handlungen verpflichtet ist.

182) Diese scharfe Trennung liegt den Abhandlungen zugrunde, die Stoll und Larenz antithetisch mit "Vertrag und Unrecht" überschrieben haben. Ähnlich Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., der im Inhaltsverzeichnis die Vertragsordnung von der Ausgleichsordnung unterscheidet (nicht mehr die 3. Aufl.). Die Bedeutung des Vertrauensschutzes (vgl. Coing, in Staudinger, Einl. vor § 104 BGB, Anm. 2 i und 76) in der geltenden Rechtsordnung soll damit nicht außer Acht gelassen werden. Aber gerade daran zeigt sich, daß der soziale Kontakt allein nicht genügt.

183) Die Gefährdungshaftung kann für die Einordnung ins Deliktsrecht außer Betracht bleiben. Aus § 16 StVG ergibt sich, daß Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung durchaus in Konkurrenz zueinander stehen können. Das ändert aber nichts an der Regel der Einordnung ins Deliktsrecht. Esser, Gefährdungshaftung, S. 23 ff, sieht in der Überspannung der Sorgfaltsanforderung in der Rechtsprechung des RG eine vom Unrechtsgedanken des BGB nicht getragene Überwälzung sozialer Risiken. Darauf kommt es hier nicht an.

4. § 823 Abs. 1 oder § 831 Abs. 1 BGB?

a) Rechtsprechung

Das RG hat die allgemeine Aufsichtspflicht zunächst¹⁸⁴⁾ nur auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt. In späteren Entscheidungen¹⁸⁵⁾ leitete es eine allgemeine Aufsichtspflicht über Verrichtungsgehilfen auch aus § 831 Abs. 1 BGB her, wenn die Einstellung des Angestellten und die schadenbringende Verrichtung zeitlich auseinanderfallen; denn der Verrichtungsgehilfe muß auch noch im Zeitpunkt der Verrichtung die Befähigung und Eignung zur Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen besitzen. Aus dem Grundsatz, "daß nur ein wohlbeaufsichtigtes Personal als ein wohlausgewähltes gelten darf, (folgt) bei längerer Dauer der Anstellung die Pflicht des Geschäftsherrn, sich über die allgemeine Dienstführung seiner Angestellten auf dem Laufenden zu halten. Diese Pflicht besteht zum Mindesten dann, wenn sich Bedenken gegen die Tauglichkeit des Angestellten ergeben oder hätten ergeben müssen oder wenn die besondere Gefährlichkeit der den Angestellten übertragenen Verrichtungen im allgemeinen öffentlichen Interesse eine Überwachung erheischt¹⁸⁶⁾". Diese auf § 831 Abs. 1 BGB gestützte Überwachungspflicht ist mit der aus § 823 Abs. 1 BGB hergeleiteten allgemeinen Aufsichtspflicht inhaltsgleich¹⁸⁷⁾.

184) Vgl. RG v. 20. Nov. 1902, RGZ 53, 53 (57); v. 4. Dez. 1902, RGZ 53, 123 (125); v. 15. Jan. 1903, RGZ 53, 276 (281) und noch RG v. 2. Febr. 1915, JW 1915, 397.

185) RG v. 14. Dez. 1911, RGZ 78, 107 (108);
v. 18. März 1912, RGZ 79, 101 (106);
v. 25. Febr. 1915, RGZ 87, 1 (4);
v. 9. Febr. 1928, RGZ 120, 154 (161);
v. 7. April 1930, RGZ 128, 150 (153);
v. 3. März 1932, JW 1932, 2027, Nr. 13;
v. 7. Dez. 1933, RGZ 142, 356 (361);
v. 29. Nov. 1934, RGZ 146, 97 (104).

186) Zitat aus RGZ 128, 150 (153); Klammerzusätze vom Verfasser.

187) RG v. 7. Dez. 1933, RGZ 142, 356 (361);
v. 8. März 1928, JW 1928, 1726, Nr. 6.

Lediglich¹⁸⁸⁾ hinsichtlich der Beweislast besteht ein Unterschied: Die Verletzung der allgemeinen Aufsichtspflicht aus § 823 Abs. 1 BGB hat der Geschädigte, die Erfüllung seiner Überwachungspflicht nach § 831 Abs. 1 BGB wegen der Verschuldensvermutung des § 831 BGB der Geschäftsherr nachzuweisen. Der Unterschied verschwindet nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises gänzlich, wenn ein ordnungswidriger Zustand längere Zeit bestanden hat, der zunächst nur durch Vernachlässigung der allgemeinen Aufsichtspflicht erklärt werden kann und bei gehöriger Aufsicht dem Aufsichtspflichtigen nicht hätte entgehen dürfen¹⁸⁹⁾. Mit der Leitungspflicht des § 831 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB einzelner Verrichtungen ist diese Überwachungspflicht nicht identisch. Diese tritt nur dann ein, wenn die Eigenart der Verrichtung selbst oder die Person des Verrichtungsgehilfen eine Leitung erfordert¹⁹⁰⁾.

Der BGH hat diese Rechtsprechung übernommen¹⁹¹⁾, wie sich insbesondere aus seiner Rechtsprechung zur Über-

188) Es ist in der Rechtsprechung des RG nicht ganz eindeutig, ob es einen Unterschied auch darin sieht, daß der Geschäftsherr sich hinsichtlich der Überwachungspflicht nach § 831 Abs. 1 BGB entlasten kann; ob auch hinsichtlich der allgemeinen Aufsichtspflicht eine "Entlastung" möglich ist, wird nicht eindeutig beantwortet vom RG v. 18. März 1912, RGZ 79, 101 (106), wenn das RG eine Entlastungspflicht des Geschäftsherrn dahin fordert, daß ihm ohne Verschulden "Mängel" seines Verrichtungsgehilfen unbekannt geblieben sind. Klar und eindeutig verneinend RG v. 25. Febr. 1915, RGZ 87, 1 (4); v. 9. Febr. 1928, RGZ 120, 154 (181) und v. 7. April 1930, RGZ 128, 150 (153), unter Hinweis auf die Umkehr der Beweislast nach § 823 Abs. 1 BGB aufgrund des prima-facie-Beweises.

189) Siehe Fußnote 187.

190) RG v. 26. April 1913, RGZ 82, 206 (218);
v. 8. März 1928, JW 1928, 1726 Nr. 6;
v. 2. Aug. 1935, JW 1935, 3540 Nr. 11.

191) Ausdrücklich in BGH v. 22. Okt. 1955, VersR 55, 746 (747 r. Sp.) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des RG.

wachungspflicht des KFZ-Halters zum angestellten KFZ-Fahrer ergibt¹⁹²⁾, ohne daß er sich dabei veranlaßt sah, in diesen Urteilen auch die allgemeine Aufsichtspflicht zu prüfen. Auf die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB greift der BGH nur dann zurück, wenn er die Haftung des KFZ-Halters wegen Verletzung der allgemeinen Aufsichtspflicht bei Schwarzfahrten¹⁹³⁾ oder in den Fällen bejaht, daß ein Auto einem "unzuverlässigen Übermüdeten oder angetrunke-

192)

Vgl. z.B.:

- BGH v. 18. Dez. 1952, BGHZ 8, 239 (243) = VersR 53, 117;
- v. 19. Okt. 1955, VersR 1955, 745 (746 l. Sp.);
- v. 4. März 1957 (Gr.S.), VersR 1957, 288 (290 l. Sp.) = BGHZ 24, 21 ff;
- v. 22. Nov. 1957, VersR 1958, 29 (30 l. Sp.);
- v. 24. Apr. 1959, VersR 1959, 713 (714 l. Sp.);
- v. 10. Nov. 1959, VersR 1960, 473 (474 r. Sp.);
- v. 21. Juni 1960, VersR 1960, 925 (925 l. Sp.);
- v. 17. Jan. 1961, VersR 1961, 330 (332 r. Sp.);
- v. 16. Nov. 1962, VersR 1963, 239 (240 r. Sp.);
- v. 25. Jan. 1966, VersR 1966, 364 (365 l. Sp.);
- v. 25. Jan. 1966, VersR 1966, 490 (491);
- v. 7. Juni 1966, VersR 1966, 929 (930 l. Sp.);
- v. 20. Sept. 1966, VersR 1966, 1074 (1075 r. Sp.);
- v. 28. Febr. 1967, VersR 1967, 583 (585 l. Sp.).

193)

BGH v. 12. April 1960, VersR 1960, 736 (737 l. Sp.) und die Zitate in Fußnote 160. Das ist nicht zu verwechseln mit der Obhutspflicht des KFZ-Halters, vgl. dazu Fußn. 245 a. Zur Obhutspflicht siehe

- BGH v. 21. Mai 1952, VersR 1952, 279 = VRS 4, 404;
- v. 26. Jan. 1955, VersR 1955, 184 (185 l. Sp.);
- v. 1. Jan. 1958, VersR 1958, 413 (r. Sp.);
- v. 16. Jan. 1959, VersR 1959, 179 (r. Sp.);
- v. 4. Jan. 1960, VersR 1960, 1091 (r. Sp.);
- v. 31. Jan. 1961, VersR 1961, 417 (418 r. Sp.);
- v. 2. Febr. 1962, VersR 1962, 333 (334 r. Sp.)

und/oder des KFZ-Fahrers, vgl. z.B.

- BGH v. 12. Apr. 1960, VersR 1960, 695 (r. Sp.);
- v. 12. Apr. 1960, VersR 1960, 736 (r. Sp.);
- v. 4. Okt. 1960, VersR 1960, 1091 (r. Sp.) und/oder eines Dritten (z.B. des Diebes), der den (gestohlenen) Wagen zugänglich stehen läßt:

BGH v. 11. März 1958, VersR 1958, 328 (r. Sp.).

nen Fahrer zur Verfügung gestellt"¹⁹⁴⁾ wird oder wenn bei eigenmächtigem oder irrtümlichem Handeln des Verrichtungsgehilfen eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 Abs. 1 BGB wegen fehlendem inneren Zusammenhangs mit der Übertragenen Verrichtung¹⁹⁵⁾ entfällt¹⁹⁶⁾. Demgegenüber wird die Haftung wegen Verletzung der Organisationspflichten nur auf § 823 Abs. 1 BGB, bzw. bei jur. Personen auf § 823 Abs. 1 i.V.m. § 31 oder § 30 BGB gestützt.

b) Literatur

(1) Allgemeine Aufsichtspflicht

Die Literatur hat gegen die Rechtsprechung des RG und des BGH, die eine Aufsichtspflicht auch auf § 831 Abs. 1 BGB stützt, von einzelnen Schriftstellern abgesehen, keine Einwände erhoben¹⁹⁷⁾. Louis¹⁹⁸⁾

¹⁹⁴⁾ BGH v. 3. Nov. 1964, VersR 1965, 131 (132 r. Sp.).

¹⁹⁵⁾ Ein innerer Zusammenhang besteht, wenn die Handlung in den Kreis der Maßnahmen fällt, die die Verrichtung darstellt:
BGH v. 2. Febr. 1955, VersR 1955, 205 (r. Sp.);
v. 23. Febr. 1955, VersR 1955, 214 (r. Sp.);
v. 21. Juni 1963, VersR 1963, 1076 (1077 r. Sp.);
v. 20. Sept. 1966, VersR 1966, 1075 (r. Sp.);
v. 24. Jan. 1967, VersR 1967, 353 (354 r. Sp.).

Ist ein solcher innerer Zusammenhang gegeben, dann handelt der Gehilfe in Ausführung der Verrichtung, auch wenn er eigenmächtig oder irrtümlich seine Befugnisse überschritten hat:

BGH v. 16. April 1955, VersR 1955, 345 (346 l. Sp.);
v. 30. Okt. 1959, VersR 1959, 134 (137 r. Sp.)
und die späteren vorstehend genannten Entscheidungen.

¹⁹⁶⁾ Der innere Zusammenhang mit der Verrichtung ist unstreitig Haftungsvoraussetzung (vgl. z.B. Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. II, § 110 I 1 a, S. 428); denn der Gehilfe muß "in Verrichtung" und nicht nur gelegentlich der Verrichtung handeln.

¹⁹⁷⁾ Ohne Einwände: Palandt, § 831 BGB, Anm. 6 b; Soergel-Siebert, § 831 BGB, Rd.Nr. 68; RGRK, § 831 BGB, Anm. 26 bis 28; Fikentscher, Lb., 2. Aufl., § 107 I 2 d; Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. II, § 110 I, S. 430; Larenz, Lb., 9. Aufl., Bd. II, § 67 VI, S. 445; Warneyer, § 831 BGB, Anm. IV, S. 1462 stützt die allgemeine Aufsichtspflicht nur auf § 823 Abs. 1 BGB unter Berufung auf RG v. 10. Dez. 1927, RGZ 119, 237 (238), wo das RG nur als obiter dictum die allgemeine Aufsichtspflicht als mögliche Anspruchsgrundlage benennt.

¹⁹⁸⁾ JW 1932, 3706 (3708 r. Sp. a.E.).

wendet ein, das RG habe mit seiner Rechtsprechung zur Überwachungspflicht etwas in den § 831 BGB hineingelesen, was mit keinem Wort darin enthalten sei. Eine Überwachungspflicht ergebe sich nur aus § 823 Abs. 1 BGB. Diese Argumentation greift Rohde¹⁹⁹⁾ auf und führt weiter aus, daß der Begriff der Auswahl eine Überwachung nicht enthalte, wie sich aus den Motiven ergebe, zumal § 711 des Entwurfs²⁰⁰⁾ eine ausdrückliche Aufsichtspflicht vorgesehen gehabt habe und wie insbesondere die Festlegung einer Aufsichtspflicht in § 832 BGB (nicht einer Auswahlpflicht) beweise. Das Argument der Rechtsprechung, daß der Verrichtungsgehilfe seine Befähigung und Eignung zur Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen auch noch im Zeitpunkt der Ausführung besitzen müsse, hält Rohde für unzulässig, da eine Gesetzeslücke nicht bestanden habe und nur im Fall einer Gesetzeslücke eine ausfüllende Interpretation zulässig sei. Aus der Verkehrssicherungspflicht könne bereits eine allgemeine Aufsichtspflicht hergeleitet werden. Der tiefere Grund dieser Argumentation liegt darin, daß durch die Rechtsprechung zur Überwachungspflicht aus § 831 BGB der Geschädigte besser gestellt ist, wenn er durch einen Verrichtungsgehilfen verletzt wird als durch den Geschäftsherrn selbst, weil sich der Geschäftsherr entlasten muß und haftet, wenn er den Entlastungsbeweis hinsichtlich seiner Überwachung nicht führt²⁰¹⁾ oder führen kann.

199) VersR 1961, 297 (298 - 299).

200) § 711 des Entwurfs lautete: "Wer einen anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist denselben zu beaufsichtigen verpflichtet, wie es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert."

201) Louis, a.a.O.; Rohde, a.a.O. schließt deshalb an BGH VersR 57, 288 = BGHZ 24, 21 und BGH VersR 59, 713 ff an. Diese Problematik hatte schon Cosack erkannt (Cosack-Mitteis, Bd. I, S. 786 f). Konsequenz legt daher v. Caemmerer (Wandlungen, Festschr. DJT, S. 115 ff (125)) § 831 BGB dahin
Fortsetzung S. 85

(2) Organisationspflichten

Im Gegensatz zur allgemeinen Aufsichtspflicht ist die Rechtsprechung zu den Organisationspflichten auf vielfachen Widerspruch gestoßen. Die Literatur wandte sich zunächst gegen die Zulässigkeit²⁰²⁾ des sog. dezentralisierten Entlastungsbeweises²⁰³⁾. Da die Rechtsprechung heute selbst die Zulässigkeit des dezentralisierten Entlastungsbeweises als Voraussetzung der Organisationspflichten aufgegeben hat²⁰⁴⁾, brauchen wir uns mit dem Streit um die Zulässigkeit des dezentralisierten Entlastungsbeweises nicht auseinanderzusetzen.

Die weiteren Einwände der Literatur richten sich gegen die sog. körperschaftliche Organisationspflicht²⁰⁵⁾, ²⁰⁶⁾.

aus, daß der Geschädigte beweisen muß, daß das Verhalten des Verrichtungsgehilfen widerrechtlich und schuldhaft war (Delikt i.S. des § 823 Abs. 1 BGB) oder schuldhaft wäre, wenn man von persönlichen Entlastungsgründen absieht.

202) Nach v. Caemmerer ergab sie sich unvermeidbar aus der Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB (Wandlungen, a.a.O., S. 119).

203) Planck-Greif, 4. Aufl., § 831 BGB, Anm. 2 a; Nipperdey, Gutachten 34. DJT, S. 411 (443); Deetz, Gruch. 64, 161 (180); Eckstein, AcP 114, 114 (117); Grünebaum, DJZ 1908, 321 (Sp. 325); Meyer, Recht 24, 278, 312 (314); wobei Eckstein den doppelten Entlastungsbeweis fordert, während Meyer, Nipperdey und Planck die Auffassung vertreten, es komme nur darauf an, daß hinsichtlich des handelnden Verrichtungsgehilfen der Entlastungsbeweis geführt werde; der Argumentation von Eckstein folgt Enneccerus-Lehmann, Lb., § 241 III 1 c, S. 982.

204) Vgl. oben Fußnote 167 und 168. Der BGH ließ m.E. die Zulässigkeit des dezentralisierten Entlastungsbeweises als Voraussetzung der Organisationspflicht zu Recht fallen; denn der Zweck primärer Handlungspflichten ist, den "Geschäftsherrn" nicht aus seiner Verantwortlichkeit zu entlassen. Dafür spielt es keine Rolle, ob er eine Einzelperson oder eine Sozialperson zur Erfüllung ihm obliegender Verpflichtungen heranzieht.

205) Rspr. des RG (vgl. Fußn. 156) u. des BGH (vgl. Fußn. 165).

206) Begriff soweit ersichtlich von Neumann-Duesberg, NJW 66, 624 (627 ff) und 715 f.

Coing²⁰⁷⁾ begrüßt das Ergebnis dieser Rechtsprechung, wendet sich aber gegen die Begründung, weil damit unnötigerweise das Haftungsproblem mit der Auslegung der Satzung verquickt werde, ohne daß die eigentlich entscheidenden Gesichtspunkte hervortreten. Bei jur. Personen, die eine so ausgedehnte und weitverzweigte Organisation besitzen, daß der Vorstand die einzelnen Verwaltungsabteilungen und Zweigbetriebe nicht selbst des Näheren leiten und überwachen kann, vielmehr andere Personen damit betraut werden müssen, die die einzelnen Verwaltungsabteilungen und Zweigbetriebe selbständig und unter eigener Verantwortung leiten, hafte die jur. Person auch für diese Personen analog § 31 BGB. Die satzungsmäßige Bestellung sei keine Voraussetzung. Die Analogie zu § 31 BGB finde ihre Rechtfertigung darin, daß die Deliktshaftung in § 831 BGB keine angemessene Regelung gefunden habe.

Danckelmann²⁰⁸⁾ sieht in der Beschränkung auf jur. Personen eine ungerechtfertigte Bevorzugung sonstiger großer Organisationen und verlangt deshalb, die Lehre vom Organisationsmangel von § 31 BGB zu lösen und auf allgemeine Grundgedanken zurückzuführen.

Neumann-Duesberg²⁰⁹⁾ wendet ein, daß es nicht Aufgabe des Prozeßgerichts, sondern des Registergerichts sei, unter den Voraussetzungen des § 29 BGB bei "Organisationsmängeln" einen Ersatzvorstand zu bestellen. Des Weiteren greife der prozeßgerichtliche Organisationszwang unzulässigerweise in die Verbandsautonomie ein und zum Dritten werde die Haftung juristischer und natürlicher Personen unnötig verschieden

207) In Staudinger, § 31 BGB, Bem. 15 e unter Berufung auf Lenel, Die Deliktshaftung der jur. Person, DJZ 1902, 9 ff.

208) In Palandt, § 31 BGB, Anm. 1.

209) NJW 66, 715 (716 1. Sp.).

behandelt; denn die jur. Person habe ebenso wie die natürliche Person dafür einzustehen, daß sie für die von ihr übernommenen Aufgaben die nötigen Fähigkeiten besitze (sog. Übernahmeverschulden²¹⁰). Dieses Übernahmeverschulden liege darin, daß entweder das vorhandene Organ personell nicht ausreichend besetzt ist - die zu erledigenden Aufgaben gehen über das Bewältigungsvermögen hinaus (Übernahmeverschulden des Organs) - oder bestimmte Aufgaben von dem Organ nicht wahrgenommen wurden, weil sie ihm satzungsmäßig nicht übertragen oder weil das Organ wegen Überlastung die Übernahme a priore abgelehnt hatte. In diesem Falle liege das Übernahmeverschulden bei der Versammlung (Mitglieder-, Haupt-, Gesellschaftsversammlung) und u.U. beim Aufsichtsrat. Für das Übernahmeverschulden des (Handlung-) Organs hafte die jur. Person aus § 31 BGB, für das Übernahmeverschulden der Versammlung oder des Aufsichtsrats analog § 31 BGB.

Landwehr²¹¹) ist wie Neumann-Duesberg der Meinung, daß ein Organisationsmangel nach dem System der §§ 26 ff BGB durch eine registerrichterliche Notbestellung zu beseitigen wäre. Die Organisationspflicht habe jedoch eine so unbestimmte Ausgestaltung erfahren, daß die konkreten Voraussetzungen kaum nachweisbar seien, da der Organisationsmangel i.d.R. erst mit dem Schadeneintritt offenbar werde. Außerdem würde es in den meisten Fällen an einem berechtigten Antragsteller fehlen, da nur der Vorstand und die Mitglieder der Körperschaft als direkt Beteiligte angesehen werden könnten und jedem Dritten das berechtigte Interesse an einer Notbestellung mangle.

Der Lösungsversuch der Rechtsprechung laufe auf eine Fiktion²¹²) hinaus. Wenn durch einen leitenden An-

210) Unter Berufung auf Larenz, Lb., Bd. I, § 19 III Abs. 4; Larenz erörtert dort den objektiven Fahrlässigkeits- (= Schuld-) Maßstab.

211) AcP 164, 482 ff (514).

212) A.a.O. S. 514 unten; ebenso Neumann-Duesberg, NJW 66, 714 unter I.

gestellten ein Schaden verursacht sei, dann soll die jur. Person so behandelt werden, als hätte sie den Schädiger zum verfassungsmäßigen Vertreter bestellt. Das Mittel der Fiktion stehe in erster Linie kraft seiner rechtsschöpferischen Gewalt dem Gesetzgeber zu, Lehre und Rechtsprechung nur dann, wenn sie ein vorgegebenes Phänomen in das Rechtssystem einordnen müßten. Zur Lückenausfüllung sei ihnen die Fiktion verwehrt; denn der Richter sei an den Tatbestand des Gesetzes gebunden. Lücken des Gesetzes dürfe er nur durch Auslegung oder Analogie schließen²¹³⁾: Die Gleichstellung der jur. Person, als ob sie ihrer internen Organisationspflicht nachgekommen sei, enthalte außerdem eine nur dem Gesetzgeber vorbehaltene und damit unzulässige Sanktionsmaßnahme. Der Haupteinwand Landwehrs²¹⁴⁾ ist jedoch, daß die Lehre vom Organisationsmangel mit dem System des BGB nicht vereinbar sei. Landwehr untersucht den Begriff der Handlungsfähigkeit und kommt auf dem Boden der Organtheorie²¹⁵⁾ zu der Auffassung, daß die jur. Person Handlungsfähigkeit nur hinsichtlich der Abgabe von Willenserklärungen und der Vornahme von Rechtshandlungen²¹⁶⁾ besitzt; denn sonst müßte jede Handlung des Organs im Rahmen des Wirkungskreises der jur. Person Handlung der jur. Person sein und könnte nicht von der h.L. sowohl der jur. Person als auch der physischen Organperson zugerechnet werden. Besäße die jur. Person deliktische Handlungsfähigkeit, wie die Organtheorie aus § 31 BGB entnehme, dann hätte es des § 31 BGB nicht bedurft. Diese Vorschrift hätte nur deklaratorische Bedeutung²¹⁷⁾. Im Gegensatz zur

213) A.a.O., S. 515, unter Berufung auf Merz, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, AcP 163, 306 ff (331 f) und Larenz, Methodenlehre, S. 273 ff.

214) A.a.O., S. 513 unten.

215) A.a.O., S. 502 ff.

216) Darunter fallen geschäftsähnliche Handlungen, Realakte und rechtmäßige zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen, vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV 2, S. 865 ff.

217) A.a.O., S. 504.

natürlichen Person, die innerhalb der vom natürlichen Dasein gesetzten Grenzen handelnd tätig werden kann, sei der Lebenszweck einer jur. Person ein Rechtsbegriff, der von ihrer Verfassung und den Rechtsnormen gebildet werde. Infolgedessen sei die rechtliche Willens- und Handlungsfähigkeit der Körperschaft durch ihren verfassungsmäßig abgesteckten Lebensbereich begrenzt²¹⁸⁾. Da die Lebenssphäre der Körperschaften nicht der natürlichen (biologischen) Daseinsordnung entspringe, sondern einer rechtlich orientierten Lebensordnung angehöre, könne sich das Handeln der jur. Person nur im Rahmen des Rechtmäßigen vollziehen und deshalb eigentlich nicht rechtswidrig sein. Das Organ als natürliche Person könne das Recht mißachten, nicht aber die Körperschaft selbst. Was außerhalb der Rechtmäßigkeit geschehe, sei Handlung der physischen Organperson nicht aber Handlung der Körperschaft. Damit sei § 31 BGB nicht Ausfluß der Organtheorie, sondern des Billigkeitsgedankens, daß die jur. Person, die durch ihre Organe am Rechtsleben teilnehme, für deren Verhalten in bestimmten Grenzen zu haften habe²¹⁹⁾. Auch nach der Vertretertheorie entspringe § 31 BGB dem Billigkeitsgedanken. Diese Auslegung als Billigkeitsregelung ermögliche überhaupt erst eine analoge Anwendung auf leitende Angestellte, die die Funktionen eines Organs ausübten; denn als Ausdruck der Organtheorie würde § 31 BGB auch die formale Organbestellung voraussetzen²²⁰⁾. Neben dem Einwand, daß eine unterschiedliche Behandlung körperschaftlicher und körperschaftlich organisierter Großbetriebe in keiner Weise gerechtfertigt sei²²¹⁾, hätten Motive und Pro-

218) A.a.O., S. 505, unter Hinweis auf O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 631 ff, und Privatrecht, S. 519 ff.

219) A.a.O., S. 507, unter Hinweis auf die Motive I, S. 102 f.

220) A.a.O., S. 508, Fußnote 65.

221) A.a.O., S. 510.

tokolle²²²⁾ eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß die Vorschrift des § 31 BGB nur auf (formal) ²²³⁾ bestellte Organe, nicht auch auf Verrichtungsgehilfen Anwendung finden solle. Damit entfalle jede Möglichkeit einer Analogie. Aus den Schwierigkeiten könne nur eine gesetzliche Änderung des § 831 BGB helfen.

Gegen die betriebliche Organisationspflicht werden in der Literatur, soweit ersichtlich, keine Einwendungen erhoben.

c) Kritik und Stellungnahme

(1) Allgemeine Aufsichtspflicht und Überwachungspflicht

Es ist Louis und Rohde zuzugeben, daß die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl - m.E. normiert § 831 Abs. 1 BGB notwendig unvollkommen, da im Gewande von Schuldvermutungen, Rechtspflichten²²⁴⁾ - begrifflich nicht zwingend eine Überwachungspflicht beinhaltet, zumal der Gesetzgeber sehr wohl in den folgenden §§ Aufsichtspflichten zu normieren wußte. Ja sogar das RG hat ursprünglich eine diligentia in custodiendo ausdrücklich²²⁵⁾ verneint. Auch das ältere Schrifttum²²⁶⁾ hat bei der

222) A.a.O., S. 511, unter Hinweis auf Motive I, S. 104, und Protokolle, I S. 253.

223) Klammerzusatz vom Verfasser.

224) Das folgt aus der Schuldvermutung; denn ohne ein rechtliches Sollen gibt es keinen Schuldvorwurf, hinter diesen Anforderungen des Rechts mit seinem Handeln zurückgeblieben zu sein, auch im Rahmen des im Zivilrecht objektivierten Schuldbegriffs. Auch eine Schuldvermutung enthält einen (widerlegbaren) Schuldvorwurf.

225) Vgl. die Entscheidungen in Fußnote 184.

226) Z.B.: Grünewald-Freudenthal, Grundriß, S. 125; Kohler, Schuldrecht, Bd. I, T. 1, § 187 III, S. 510; Landsberg, Bd. I, § 159 II 2 a, S. 562; Endemann, Bd. I, § 201, S. 1269/70; Crome, System, Bd. II, § 333 I, S. 1051. Ein typ. Beispiel ist der Kommentar von Planck. Die 3. Aufl. spricht von keiner Aufsichtspflicht aus § 831 BGB (Anm. 2 a); die 4. Aufl. bejaht die allgemeine Aufsichtspflicht auch aus § 831 BGB mit der Rspr. des RG.

Erörterung der Haftung für den Verrichtungsgehilfen nirgends eine Überwachungspflicht des Geschäftsherrn bejaht. Andererseits läßt sich vom Ergebnis her gegen die Rechtsprechung zur Überwachungspflicht kein begründeter Einwand erheben; denn es kann nicht der Sinn des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB sein, daß sich ein Geschäftsherr bei langdauernden Dienstverhältnissen schon mit dem Beweise entlasten kann, er habe vor 10, 20 oder sogar 30 Jahren diesen Verrichtungsgehilfen sorgfältig ausgewählt, wenn der Verrichtungsgehilfe objektiv u.U. schon seit Jahren der übertragenen Aufgabe nicht mehr gewachsen ist, die Verrichtung ihrer Natur nach einer Leitung nicht bedarf und eine Gefährdung der allgemeinen Sicherheit mit der Verrichtung nicht verbunden ist, so daß auch das von Louis und Rohde gebrachte Argument nicht mehr zutrifft, die allgemeine Aufsichtspflicht aus § 823 Abs. 1 BGB sei ausreichend. Wenn man weiter bedenkt, daß das RG auch einen anderen Weg hätte beschreiten können, indem es die Anstellung (Dienstvertrag) von der Bestellung (Beauftragung des Verrichtungsgehilfen mit der konkreten Tätigkeit) unterschieden und für jede Bestellung die Voraussetzungen des § 831 Abs. 1 BGB geprüft hätte. Dieser Weg wäre gangbar gewesen, da die Bestellung nicht notwendig eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung voraussetzt²²⁷⁾. Dieser Weg hätte den Geschäftsherrn wahrscheinlich mehr belastet, schwierige Abgrenzungsprobleme aufgeworfen, wann jeweils eine (selbständige) Bestellung vorliege und damit die Annahme fiktiver Bestellungen begünstigt.

227) Vgl. z.B. Zeuner, in Soergel-Siebert, 10. Aufl., § 831 BGB, Rd. Nr. 6.

Es kann vom Ergebnis her dahinstehen - die Ausführungen von Rohde, a.a.O., sind insoweit nicht spezifiziert genug - ob der Gesetzgeber bei Normierung der *diligentia in eligendo* wirklich auch das Zeitproblem bedacht hatte und nicht doch eine ausfüllbare Gesetzeslücke vorlag; denn eine fast 60jährige - die erste Entscheidung des RG stammt aus dem Jahre 1911²²⁸⁾ - gefestigte Rechtsprechung hat heute zumindest die Geltungskraft von Gewohnheitsrecht, da dessen Voraussetzungen - Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft (*opinio necessitatis omnium*) und Manifestation (*consuetudo*) in der ständigen Rechtsprechung der Gerichte ohne nennenswerten Widerstand in der Wissenschaft²²⁹⁾ - erfüllt sind. Auch kann dem berechtigten Interesse der Einwände Louis' und Rohdes besser mit einer zweckbestimmten einschränkenden Auslegung des § 831 Abs. 1 BGB Rechnung getragen werden, wie sie v. Caemmerer²³⁰⁾ im Anschluß an Stoll²³¹⁾, Hauss²³²⁾ und Wieacker²³³⁾ vorgenommen hat: § 831 Abs. 1 BGB setzt voraus, daß der Gehilfe deliktisch oder wegen persönlicher Schuldlosigkeit nur widerrechtlich handelt. Wenn ein solches Verhalten des Gehilfen feststeht, greift freilich noch immer die Schuldvermutung des § 831 Abs. 1 BGB ein. Darin kann man aber eine unerträgliche Belastung des Geschäftsherrn nicht erblicken. Ausländische Rechte sehen

228) RG v. 14. Dez. 1911, RGZ 78, 107 (108).

229) Zu den Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lb., Bd. I, § 39, S. 264 ff.

230) Wandlungen, Festschrift DJT, Bd. II, (S. 49 ff, 115 ff, insbesondere 123 und 125).

231) JZ 1958, 137 ff.

232) Anm. zu LM, Nr. 2 zu § 831 BGB (E).

233) JZ 1957, 535 ff.

zum Teil überhaupt keine Entlastungsmöglichkeit vor²³⁴⁾; denn wer seinen Tätigkeitskreis durch Heranziehung von Gehilfen ausweitet, erweitert auch seine Einstandspflicht für Verschulden, das bei dieser Tätigkeit unterläuft. Wäre der Gehilfe nicht zum Nutzen seines Geschäftsherrn tätig geworden, wäre er meist gar nicht in die Situation gekommen, in fremde Rechte verletzend einzugreifen. Wer den Vorteil genießt, muß auch den Schaden aus der Tätigkeit seiner Gehilfen tragen²³⁵⁾. § 831 Abs. 1 BGB enthält damit eine Bevorzugung des Geschäftsherrn, dessen Berechtigung²³⁶⁾ umstritten ist. Dem Geschäftsherrn kann es dann auch zugemutet werden, die geforderte Überwachung des Verrichtungsgehilfen auszuüben und in einem eventuellen Prozeß den Entlastungsbeweis dafür anzutreten.

Die Überwachungspflicht des Geschäftsherrn aus § 831 Abs. 1 BGB ist mit der allgemeinen Aufsichtspflicht des § 823 Abs. 1 BGB nicht identisch²³⁷⁾ und im Gegensatz zur Meinung der Kommentarliteratur²³⁸⁾ mit dieser nicht inhaltsgleich.

234) Z.B. Art. 1384 Code civil und im angloamerikanischen Recht, wo die Haftung für den Verrichtungsgehilfen zu den Betriebsrisiken zählt.

235) Die gleichen Gedanken liegen der Regelung des § 31 BGB zugrunde.

236) Der Referenten-Entwurf 1967 des BJM sieht keine Entlastungsmöglichkeit mehr vor; gegen eine völlige Beseitigung Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. II, § 110 I, S. 431.

237) So Drees, in Ermann, § 831 BGB, Anm. 7 c; Schröder, in Soergel-Siebert, 9. Aufl., § 823 BGB, Rd.Nr. 374, unter Hinweis auf die Rechtsprechung, die die allgemeine Aufsichtspflicht sowohl aus § 831 BGB wie aus § 823 BGB herleitet, vgl. oben S. 80 ff. Kritisch Zeuner, in Soergel-Siebert, 10. Aufl., § 823 BGB, Rd. Nr. 130.

238) Thomas, in Palandt, § 823 BGB, Anm. 8 d (wie schon bisher Gramm, a.a.O., bis zur 27. Aufl. des Palandt); Haager, in RGRK, § 831 BGB, Anm. 26; Drees, in Ermann, § 823 BGB, Anm. 8 e, dd.

Die Begründung der Überwachungspflicht in der Rechtsprechung²³⁹⁾ legt auf die Feststellung Wert, den Verrichtungsgehilfen im Zeitpunkt der schädigenden Verrichtung als "wohl ausgewählt" ansehen zu können. Das ist ein Verrichtungsgehilfe bei länger dauernden Anstellungsverhältnissen nur dann, wenn die bisherige Tätigkeit keine Zweifel an seiner Eignung und Zuverlässigkeit aufkommen ließ. Ob Zweifel an der Eignung und Zuverlässigkeit bestehen, kann der Geschäftsherr nur feststellen, wenn er ein bestimmtes Maß an Überwachung der Tätigkeit des Verrichtungsgehilfen durchführt, die ihm die Vorkommnisse zur Kenntnis bringen, die Zweifel an der Zuverlässigkeit und Eignung begründen können. Inhaltlich ist die Überwachungspflicht des § 831 Abs. 1 BGB zwar Kontrolltätigkeit, aber nur darauf gerichtet, dem Geschäftsherrn die Kenntnis dieser Vorgänge zu vermitteln.

Auch die allgemeine Aufsichtspflicht des § 823 Abs. 1 BGB besteht in einer Kontrolltätigkeit aber mit einer ganz anderen inhaltlichen Zweckbestimmung: Bei der Übertragung von deliktischen Handlungspflichten auf Dritte (Verrichtungsgehilfen oder sonstige Personen) muß die prophylaktische Kontrolle die Erfüllung dieser Pflichten sicherstellen. Die Kontrolltätigkeit bezweckt nicht nur Kenntnis von bestimmten Vorgängen zu vermitteln, um sich über die Eignung und Zuverlässigkeit des Dritten ein Bild machen zu können, sondern, um notfalls in eigener Person die zur Erfüllung der dem Dritten übertragenen Pflicht notwendigen Schritte unternehmen zu können, bevor jemand zu Schaden kommt. Der Strukturunterschied besteht also darin, daß die allgemeine

²³⁹⁾ Vgl. oben die Zitate in Fußnote 185.

Aufsichtspflicht eine einem Dritten Übertragene deliktische Handlungspflicht voraussetzt, während die Überwachungspflicht des § 831 Abs. 1 BGB eine in dieser Rechtsnorm speziell geregelte deliktische Handlungspflicht darstellt (ebenso wie die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl, zur Leitung der Verrichtung oder zur Beschaffung von Gerätschaften). Diese strukturellen Unterschiede werden durch die Rechtsprechung noch weiter verwischt, indem die Rechtsprechung die Übertragung der allgemeinen Aufsichtspflicht²⁴⁰⁾ wie der Überwachungspflicht²⁴¹⁾ auf leitende Angestellte für zulässig erachtet, aber für diesen Fall dann verlangt, daß die allgemeinen Aufsichtsmaßnahmen und die organisatorischen Maßnahmen vom "Geschäftsherrn"²⁴²⁾ getroffen werden. Damit stellt sich die Frage, ob nicht die strukturellen Unterschiede auch eine unterschiedliche Beurteilung erfordern.

Die Pflichten des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB der sorgfältigen Auswahl und Überwachung, der Leitung der Verrichtung und der Beschaffung von Verrichtungen und Gerätschaften sind speziell geregelte Handlungspflichten des Geschäftsherrn, deren Erfüllung er zu seiner Entlastung nachweisen muß. Gelingt dem Geschäftsherrn dieser Nachweis nicht, dann haftet er für ein vermutetes eigenes Verschulden²⁴³⁾ aus § 831 Abs. 1 BGB. Ist andererseits dem Geschäftsherrn ein Verschulden bei Erfüllung einer dieser Pflichten nachgewiesen, dann haftet er - die übrigen anspruchsbegründenden Tat-

240) Vgl. die Zitate in Fußnote 145 und 166.

241) Vgl. die Zitate in Fußnote 142 und 164.

242) Bei Übertragung von Verkehrspflichten auf Dritte kann vom Geschäftsherrn i.S. des § 831 Abs. 1 BGB nicht gesprochen werden.

243) Unstreitig, vgl. z.B. Drees, in Ermann, § 831 BGB, Anm. 1 a.

sachen vorausgesetzt - unmittelbar aus § 823 Abs. 1 i.V.m. § 831 Abs. 1 BGB, es sei denn, er kann die Vermutung der Kausalität seines Verschuldens entkräften²⁴⁴). Darin zeigt sich, daß § 831 Abs. 1 BGB zwei Sonderregelungen enthält: Eine Ausweitung der Haftung des Geschäftsherrn auch auf deliktisches Handeln des Gehilfen, wenn wegen persönlicher Entlastungsgründe ein Schuldvorwurf gegen den Verrichtungsgehilfen nicht erhoben werden kann, und die Beweislastregelung in Form einer doppelten Schuldvermutung. Nur soweit diese Sonderregelung reicht, kann § 831 Abs. 1 BGB auch als Haftungsgrundlage herangezogen werden.

Wie das RG und der BGH in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen haben, können mit der Erfüllung deliktischer Handlungspflichten Dritte beauftragt werden. Das gilt selbstverständlich auch für die speziell in § 831 Abs. 1 BGB normierten deliktischen Handlungspflichten. Allerdings wird der Handlungspflichtige fortan nicht pflichtenlos, sondern er bleibt verpflichtet, die allgemeine Aufsicht auszuüben und geeignete Aufsichtsmaßnahmen zu treffen, bei mehrstufig hierarchisch aufgebauten Sozialpersonen allgemeine organisatorische Maßnahmen zu treffen, die die Erfüllung der deliktischen Handlungspflichten sicherstellen. Diese allgemeine Aufsichts- und Organisationspflicht ist aber Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes des *neminem laedere*, ohne daß es auf eine Gefahrerhöhung²⁴⁵) durch die Beauftragung Dritter ankäme; denn Grund einer allgemeinen Aufsichts-

244) Eine Folge der doppelten Schuldvermutung des § 831 BGB: a) für Verschulden
b) für Kausalität dieses Verschuldens, vgl. Thomas, in Palandt, § 831 BGB, Anm. 1.

245) Das Moment der Gefahrerhöhung wirft Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. II, § 110 I, S. 431 in die Diskussion gegen die völlige Beseitigung des Entlastungsbeweises. Wo eine Gefahrerhöhung mit der Beschäftigung von Verrichtungsgehilfen nicht verbunden ist, sollte nach Meinung Essers auch weiterhin die Exkulpationsmöglichkeit offenstehen.

pflicht ist nicht eine mögliche Gefahrerhöhung, sondern die Tatsache, daß sich ein Pflichtsubjekt nicht jeder Verantwortlichkeit durch Beauftragung Dritter entziehen kann. Das heißt aber nichts Anderes, als daß nur die Überwachungspflicht in § 831 Abs. 1 BGB speziell festgelegt ist, die allgemeine Aufsichtspflicht dagegen sich nur aus § 823 Abs. 1 BGB herleiten läßt^{245 a)}. Hinsichtlich der allgemeinen Aufsichtspflicht gibt es keine Entlastung, sondern nur den Nachweis, daß die verkehrserforderlichen Aufsichtsmaßnahmen getroffen wurden, um Schädigungen Dritter auszuschließen, soweit das Menschen möglich ist. Diese Konstruktion hat eine weitere logische Konsequenz: Der Nachweis der Verletzung der allgemeinen Aufsichtspflicht aus § 823 Abs. 1 BGB gegenüber dem Dritten, dem die Überwachung eines Verrichtungsgehilfen übertragen war, beinhaltet den Nachweis des Überwachungsverschuldens des Geschäftsherrn gegenüber dem Verrichtungsgehilfen und führt zusammen mit der Kausalitätsvermutung des § 831 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB zur Haftung des Geschäftsherrn. Der Haftung kann der Geschäftsherr immer noch durch den Nachweis mangelnder Kausalität seines Überwachungsverschuldens entgehen.

245a) Zeuner, in Soergel-Siebert, 10. Aufl., § 823 BGB, Rd.Nr. 130 meint, daß sich die Rechtsprechung zu Recht bei Verrichtungsgehilfen auf die Überwachungspflicht aus § 831 BGB beschränke. Mißverständlich ist die Rechtsprechung, die eine Obhutspflicht gegenüber einem gefährlichen Gegenstand (z.B. einem Auto, vgl. Fußn. 193) bejaht. Die Obhutspflicht ist eine normale Verkehrssicherungspflicht, keine Überwachungspflicht und auch keine allgemeine Aufsichtspflicht. Mit der Anstellung des KFZ-Fahrers ist die Übertragung der Obhutspflicht gegenüber dem gefährlichen Gegenstand "Auto" verbunden. Die Folge ist, daß der KFZ-Halter bei Schäden durch Verletzung der Obhutspflicht haftet, wenn er nicht durch entsprechende Aufsichts- und Organisationsmaßnahmen die Erfüllung der Obhutspflicht durch den KFZ-Fahrer sicherstellt.

(2) Die körperschaftliche Organisationspflicht

Die Kritik an der sog. körperschaftlichen Organisationspflicht ist berechtigt, weil nicht ersichtlich ist, wie aus der Verletzung der Verpflichtung zur Bestellung eines verfassungsmäßigen Vertreters (Vorstand oder Sonderorgan) die Haftung der jur. Person für ein schuldhaftes Verhalten eines Verrichtungsgehilfen herzuleiten ist. Wenn man die Organisationspflicht wörtlich nimmt, daß die jur. Person für bestimmte Tätigkeitsbereiche verfassungsmäßige Vertreter bestellen müsse, dann ist die Nichtbestellung ein interner Organisationsmangel der jur. Person, der in keiner Weise in absolut geschützte Rechte Dritter eingreift. Als Pflicht zur Bestellung eines verfassungsmäßigen Vertreters kann eine körperschaftliche Organisationspflicht nicht begründet werden. Zu Recht weist Neumann-Duesberg²⁴⁶⁾ darauf hin, daß die körperschaftliche Organisationspflicht einen unzulässigen Eingriff in die körperschaftliche Struktur der jur. Person darstellt und daß der richtige Weg zur Beseitigung von körperschaftlichen Organisationsmängeln über die Notbestellung durch das Registergericht gem. § 29 BGB führt. Darin stimmt Landwehr²⁴⁷⁾ mit ihm überein.

Landwehr weist weiter zu Recht darauf hin, daß der Weg der Fiktion²⁴⁸⁾ "als ob" das (nichtbestellte) Organ der jur. Person gehandelt habe, nicht gangbar ist, weil der Weg der Fiktion dem Gesetzgeber vorbehalten ist und die Rechtsprechung zur Lückenschließung im Spannungsfeld zwischen § 31 und § 831 BGB auf die Auslegung und Analogieschlüsse beschränkt ist.

246) NJW 1966, 715 (716).

247) AcP 164, 482 ff (514 ff).

248) AcP, a.a.O., S. 515.

Die von Neumann-Duesberg vorgeschlagene Lösung des Übernahmeverschuldens²⁴⁹⁾ setzt voraus, daß man der jur. Person Deliktsfähigkeit i.S. der bisherigen Organtheorie²⁵⁰⁾ zuerkennt, weil man ihr nur dann i.S. des objektivierten Schuldmaßstabes eine Garantiehaftung dafür auferlegen kann, daß sie den Durchschnittsanforderungen des Verkehrs genüge und deshalb sich auf mangelnde Erkenntnisfähigkeit nicht berufen dürfe. Die jur. Person handelt durch ihre Organe, d.h., für mangelnde Kenntnisse und Fähigkeiten ihrer Organpersonen hat die jur. Person i.S. einer Garantiehaftung nach dem objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstab einzustehen. Dieser Gedanke ist aber auf den Fall des Organisationsmangels nicht übertragbar; denn es liegt überhaupt kein handelndes Organ vor. Aber auch wenn man die Pflicht der Versammlung zur Bestellung eines Organs bejaht und die Haftung der jur. Person analog § 31 BGB i.S. der Garantiehaftung auch für die Kenntnisse und Fähigkeiten dieses "Organs" Versammlung annimmt, soweit dieses hinter den Durchschnittsanforderungen zurückbleibt, dann ist immer noch nicht ersichtlich, wie die Nichtbestellung des Organs kausal²⁵¹⁾ werden kann für eine Rechtsgüterverletzung, für die die jur. Person wegen "Über-

249) A.a.O., S. 716.

250) Anders jetzt Landwehr, AcP 164, 482 ff (502 ff).

251) Die unterlassene Handlung, die nicht hinzuge-dacht werden kann, ohne daß der Erfolg ent-fällt, ist kausal (sog. positive c - s - q - n - Formel, unbestr., vgl. z.B. Münzberg, Ver-halten, S. 44). Hätte das Organ Versammlung ein Handlungsorgan, z.B. Vorstand oder Ge-schäftsführer, bestellt, dann wäre deshalb der Erfolg noch nicht entfallen, sondern es bestünde lediglich keine Möglichkeit sich auf § 831 BGB zu berufen. Das richtige Er-gebnis mit nicht haltbarer Begründung.

nahmeverschuldens"^{251 a)} bei ihrer Organisation einzustehen habe. Auf die gewichtigen Einwände Landwehr's²⁵²⁾ gegen die von der Organtheorie bejahte Deliktsfähigkeit der jur. Person kommt es deshalb gar nicht mehr an.

Für die Lösung dieses Problems kommt es aber auch nicht darauf an, ob die jur. Person deliktsfähig i.S. der Organtheorie ist. Wie sich die natürliche Person nicht jeder Verantwortlichkeit entziehen kann, indem sie deliktische Handlungs-

251a) Das Übernahmeverschulden i.e.S. (vgl. unten S. 128 f) setzt voraus, daß die natürliche Person eine Tätigkeit übernimmt, für die sie im Allgemeinen nicht die physischen, psychischen oder geistigen Fähigkeiten besitzt. Das Nichtkönnen kann grundsätzlich auf der Stufe der Rechtswidrigkeit zu keinem Unwerturteil führen (vgl. unten S. 118 f). Die Interessenabwägung zwingt u.U. trotzdem zur Zurechnung des Erfolgs, wenn wie bei der Berufsausübung (vgl. Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 38 II, S. 247) oder der Übernahme gefahrträchtiger Handlungen (vgl. unten S. 128 f), eine typisierende Betrachtungsweise des Könnens geboten ist und deshalb die Schuld in der Übernahme der Tätigkeit besteht. Gerade dieser Sachverhalt liegt den körperschaftlichen Organisationspflichten nicht zugrunde; denn die Rechtsprechung bejaht körperschaftliche Organisationspflichten ohne jede Berücksichtigung des Könnens der jur. Person im Hinblick auf die übernommene Tätigkeit. Das Übernahmeverschulden bei der Organisation ist im Recht der jur. Person ebenso ein Fremdkörper wie die körperschaftliche Organisationspflicht.

252) Fußnote 250; vgl. die Darstellung oben S. 87 ff.

pflichten auf Dritte (Verrichtungsgehilfen oder Sonstige) überträgt, so wird auch die jur. Person von der ihr obliegenden Verpflichtung nicht befreit. Die allgemeine Aufsichtspflicht und die Organisationspflicht obliegen der jur. Person persönlich, in dem Sinne, daß sie sich bei Unterlassung der erforderlichen Aufsicht (Aufsichtsanordnungen und organisatorische Maßnahmen) auf § 831 Abs. 1 BGB nicht berufen kann und sich deshalb die dadurch verursachte Rechtsgüterverletzung Dritter zurechnen lassen muß. Nach der Organtheorie deshalb, weil die jur. Person nur durch ihre Organe handeln kann, die allgemeine Aufsichtspflicht und die Organisationspflicht als primäre, ihr persönlich obliegende Handlungspflichten durch ihre Organe wahrnehmen muß und für Unterlassungen ihrer Organe haftet. Zum gleichen Ergebnis führt die Auffassung Landwehr's von der Deliktsunfähigkeit der jur. Person. Zwar ist die jur. Person nach Landwehr's Auffassung nicht deliktischfähig, die Erfüllung der primären Handlungspflichten obliegt, da es sich um deliktische Handlungspflichten handelt, naturgemäß mangels Deliktsfähigkeit der jur. Person den Organpersonen, für deren Unterlassung die jur. Person haftet. Nach der Vertretertheorie folgt die Haftung der jur. Person für Unterlassungen der Organpersonen aus der Zurechnungsregel des § 31 BGB. Damit erledigt sich auch der Einwand Danckelmanns, daß die Konstruktion einer körperschaftlichen Organisationspflicht eine durch nichts gerechtfertigte Bevorzugung sonstiger großer Organisationen (von uns genannt Sozialpersonen) beinhalte. Allgemeine Aufsichtspflicht, die Pflicht Aufsichtsanordnungen zu treffen und die Organisationspflicht sind nur graduell verschieden und unabhängig vom Rechtstatus²⁵³⁾ einer jur. Person. Sie

²⁵³⁾ Zum Begriff des Status vgl. Wolff, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bd. I, §. 32 IV, S. 182 ff.

treffen jeden Rechtsträger, der die Erfüllung ihm obliegender deliktischer Handlungspflichten auf Dritte überträgt. Bei jur. Personen unmittelbar die jur. Person, da sie als Rechtsträger verselbständigt ist. Bei Sozialpersonen die dahinterstehende und verantwortliche natürliche Person.

Zusammenfassend ist festzustellen:

- (a) Die allgemeine Aufsichtspflicht, die Pflicht Aufsichtsanordnungen zu treffen und die Organisationspflicht ergeben sich nur aus § 823 Abs. 1 BGB.
- (b) Es gibt keine körperschaftliche Organisationspflicht.

5. Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld

a) Tatbestandsmäßigkeit

(1) Tatbestand und Tatbestandsmäßigkeit

Der Begriff des Tatbestands ist von der Strafrechtswissenschaft geschaffen und von der Privatrechtslehre übernommen worden²⁵⁴⁾. Er beinhaltet die Gesamtheit der Erfordernisse, an die die Rechtsordnung eine bestimmte Rechtsfolge knüpft²⁵⁵⁾. Das Grund-Folge-Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtswirkung ist Abgrenzungsmaßstab der Tatbestandsmerkmale von den Rechtsbedingungen²⁵⁶⁾, die nicht Grund der Rechtsfolge, sondern deren Vorliegen eine Bedingung dafür ist, daß der Tatbestand die ihm zukommende Wirkung entfalten kann. Für diesen Inbegriff aller Rechtsfolgevoraussetzungen verwendet Deutsch den Ausdruck Gesamttatbestand²⁵⁷⁾.

Neben diesem Tatbestandsbegriff der allgemeinen Rechtslehre wird der Begriff Tatbestand im Deliktsrecht in einem engeren Sinn mit der Bedeutung der Typisierung rechtswidrigen Verhaltens²⁵⁸⁾ gebraucht, auf dem die Lehre von der grundsätzlichen Indizwirkung²⁵⁹⁾ des Tatbestands basiert. Im Sinne dieser

254) Enneccerus-Nipperdey, Bd. II, § 136 I; Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 8 II 1, S. 55 f.

255) V. Tuhr, Allg. Teil, Bd. II 1, S. 4; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. (Fußn. 254); Larenz, Methodenlehre, S. 149 f. Das Grund-Folge-Verhältnis hebt auch Engisch, Festschrift des DJT, Bd. I, S. 401 (410 f) hervor.

256) Diese Unterscheidung trifft Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. Im Strafrecht Bedingungen der Strafbarkeit i.e.S. genannt, vgl. die Zitate bei Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., Fußn. 6 und z.B. Maurach, Lb., Bd. I, § 21 IV mit weiteren Nachweisen.

257) Deutsch, Fahrlässigkeit, § 4 II, S. 60; ebenso Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. II, § 106 III 1, S. 393.

258) Larenz, Lb., Bd. II, § 65 I b; Deutsch, Fahrlässigkeit, § 4 III 2 a, S. 61 und § 11 II 2, S. 205.

259) Siehe die Zitate der vorhergehenden Fußnote. Ge-
Fortsetzung S. 104

Tatbestandsbestimmung bedeutet Tatbestandsmäßigkeit die Subsumierbarkeit eines bestimmten menschlichen Verhaltens unter einem typisierten Unrechtssachverhalt, ohne daß dem Tatbestand im Zivilrecht die gleiche rechtsstaatliche Funktion des nulla poena sine lege bzw. des nullum crimen sine lege zukommt wie im Strafrecht²⁶⁰⁾.

Die Begriffe Tatbestand bzw. Tatbestandsmäßigkeit interessieren hier nur insoweit, als im Rahmen des üblicherweise dreigeteilten²⁶¹⁾ Deliktsaufbaus über die Zuordnung der Haftungsvoraussetzungen bei den primären Handlungspflichten zum Tatbestand, zur Rechtswidrigkeit oder zur Schuld entschieden werden muß.

(2) Typisiertes Unrecht?

Der Begriff des typisierten Unrechts setzt die Lehre von der Indizwirkung voraus; denn nur der Tatbestand, der die Rechtswidrigkeit indiziert, typisiert das Unrecht. Wir brauchen uns mit dem Streit²⁶²⁾ um die grundsätzliche²⁶³⁾ Indizwirkung des Tatbestands nicht

gen die Lehre von der Indizwirkung des Tatbestands für die Rechtswidrigkeit Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 67 ff passim, insbesondere S. 92 ff mit weiteren Literaturnachweisen, treffend hinsichtlich der Praktikabilität bei Beschränkung auf unmittelbare Eingriffe S. 332 ff.

260) Vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit, a.a.O., S. 61 mit weiteren Nachweisen in Fußn. 34.

261) Die Dreiteilung des Gesamttatbestandes ist auch im Privatrecht durchführbar, vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit, § 4 III 2, S. 61 f, (dort auch (S. 60) zur Wandlung des Tatbestandsbegriffs in der neueren Strafrechtsdogmatik); Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 8 II, S. 55 f.

262) Vgl. Fußn. 258.

263) Diese Einschränkung machen v. Caemmerer, Wandlungen, in Festschr. DJT, S. 77 ff, 131 ff und Larenz, Lb., Bd. II, § 66 I e. Über die Abweichung der Auffassungen von Larenz und v. Caemmerer siehe Larenz, Fußn. 2, in Lb., Bd. I, § 19 IV 3, S. 227. Gegen jede Indizwirkung Münzberg, a.a.O. (Fußn. 259).

auseinanderzusetzen, da unbestritten nur sog. geschlossene Tatbestände²⁶⁴⁾ vertypstes Unrecht enthalten. Nicht darunter fallen fahrlässig verwirklichte Erfolgsdelikte, die unechten Unterlassungsdelikte und alle Tatbestände, die eine positive Ermittlung der Rechtswidrigkeit²⁶⁵⁾ erfordern²⁶⁶⁾. Die primären Handlungspflichten gehören zu den sog. offenen Tatbeständen.

Wie bereits ausgeführt²⁶⁷⁾ wurde, setzen die primären Handlungspflichten die Existenz deliktischer Handlungspflichten voraus; denn sie entpuppen sich als der mit haftungsrechtlich befreiender Wirkung nicht übertragbare Rest deliktischer Handlungspflichten, die entweder gesetzlich normiert sein können oder als allgemeine Sorgfaltspflichten im menschlichen Zusammenleben einer Konkretisierung nunc, hic et ad hoc bedürfen. Aus der Konkretisierungsbedürftigkeit folgt bereits das Vorliegen eines sog. offenen Tatbestands, weil die Rechtspflicht und das gesollte Verhalten in jedem Fall einer Feststellung in concreto bedürfen. Auf die Tatsache, daß zugleich fast ohne Ausnahme nur fahrlässige Verstöße gegen primäre Handlungspflichten vorliegen, kommt es für die Frage, ob die primären Handlungspflichten offene oder geschlossene Tatbestände darstellen, nicht (mehr) an. Auch aus diesem Grunde wäre die Indizwirkung zu verneinen.

264) Zum Begriff vgl. Welzel, Lb., 6. Aufl., S. 72; 7. Aufl., S. 74 ff; Deutsch, Fahrlässigkeit, § 11 II 2, S. 209.

265) Zum Meinungsstreit, ob der Begriff rechtswidrig in § 823 Abs. 1 BGB ohne selbständige Bedeutung ist oder nicht vgl. die von Münzberg, a.a.O., S. 90, in Fußn. 179 gebrachten Literaturnachweise. Bejaht man aus dem Begriff rechtswidrig das Erfordernis einer positiven Rechtswidrigkeitsprüfung, verneint man gleichzeitig die Indizwirkung auch im eingeschränkten Sinn eines Teils der neueren Lehre.

266) Unbestr., vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit, § 11 II 2, S. 209 f; Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 56, 92, 103 und 108 mit weiteren Literaturnachweisen in Fußn. 112, 207 und 218.

267) Siehe oben S. 66 ff, insbesondere S. 95.

Die sog. Indizwirkung besteht aber auch dann nicht, wenn die der primären Handlungspflicht zugrundeliegende deliktische Handlungspflicht gesetzlich normiert ist und der Verstoß gegen die deliktische Handlungspflicht als solcher ein echtes Unterlassungsdelikt darstellt. Zwar kann nach der Lehre von der Indizwirkung des Tatbestandes auch ein echtes Unterlassungsdelikt typisiertes Unrecht enthalten. Die aus einer gesetzlich normierten deliktischen Handlungspflicht aber sich ergebende primäre Handlungspflicht ist nicht Inhalt des echten Unterlassungsdelikts. Es ist vielmehr auch in diesen Fällen erst in concreto festzustellen, ob überhaupt und in welchem Umfang der nicht Übertragbare Rest der deliktischen Handlungspflicht dem "primär"²⁶⁸⁾ Verpflichteten ein bestimmtes Handeln gebietet.

(3) Handlung, Erfolg und Tatbestand

Um die wechselseitigen Beziehungsverhältnisse zwischen den Begriffen Handlung, Erfolg und Tatbestand aufzuzeigen, brauchen wir zum Streit um die Handlungslehre keine Stellung beziehen; denn jede der Handlungslehren - die finale²⁶⁹⁾, kausale²⁷⁰⁾ wie die Auffassung von Larenz²⁷¹⁾, daß der Handlungsbegriff

268) Zum Begriff primäre Handlungspflicht vgl. oben S. 66 f. Einen primär Verpflichteten gibt es streng genommen nicht.

269) Für die Finalisten in der Strafrechtsdogmatik vgl. die Zusammenstellung ihrer Vertreter bei Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 86, Fußn. 122. Im Zivilrecht scheiden sich die Geister an der Rechtswidrigkeitslehre. Die Vertreter des nur handlungsbezogenen Rechtswidrigkeitsurteils stehen wie Larenz, Rechtswidrigkeit, in Festschrift f. Dölle, Bd. I, S. 179 f zu Recht ausführt, in ihrer Argumentation auf dem Boden der finalen Handlungslehre, auch wenn sie diese nicht zum Ausgangspunkt ihrer Überlegungen gemacht haben (vgl. für die Vertreter der neuen Rechtswidrigkeitslehre die Nachweise oben Fußn. 3).

270) Vertretern von der noch herrschenden Zivilrechtsdogmatik z.B.: Wieacker, JZ 1957, 535 (535 r. Sp.); Stoll, JZ 1958, 137 (139 r. Sp.).

271) Rechtswidrigkeit, in Festschr. f. Dölle, Bd. I, S. 182. Für einen von der kausalen und finalen Handlungslehre losgelösten Handlungsbegriff auch Stoll, AcP 162, 203 (235 f).

des Lebens und der Verkehrswertung weiter sei als der der finalen aber wiederum wesentlich enger als der der kausalen Handlungslehren - setzt für die Haftung aus Delikt voraus, daß eine Handlung einen zurechenbaren Erfolg herbeigeführt hat. Ob der Erfolg Handlungsbestandteil i.S. der kausalen Handlungslehre oder i.S. der finalen Handlungslehre neben der Handlung selbständiges Haftungsmerkmal²⁷²⁾ ist, ist für die deliktische Haftung letztlich gleichgültig. Beide Voraussetzungen müssen gegeben sein. Das gilt auch für die Haftung wegen Verletzung einer primären Handlungspflicht. Es muß ein Erfolg i.S. des § 823 Abs. 1 BGB an einem der absolut geschützten Rechtsgüter eingetreten sein. Ohne Schaden gibt es keine Schadensersatzpflicht. Und der Schaden muß einer Handlung zuzurechnen sein, nämlich dem Unterlassen der durch die primären Handlungspflichten gebotenen und möglichen Aufsicht bzw. Organisation.

Handlung und Erfolg sind i.S. des Tatbestandsbegriffs der allgemeinen Rechtslehre Tatbestandsmerkmale des Haftungstatbestandes, weil von ihrem Vorliegen, neben weiteren Voraussetzungen, die Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht abhängt. Sie sind es darüber hinaus i.S. des dreigliedrigen Deliktsaufbaus, der das Urteil über die Rechtswidrigkeit und über die Schuld vom Tatbestand i.e.S. abschichtet und diesen Merkmalen bei Beurteilung der deliktischen Haftung generell und deshalb auch aus der Verletzung einer primären Handlungspflicht als Haftungsvoraussetzung selbständige Bedeutung zuweist.

Wenn auch der Eingliederung der Haftungsvoraussetzungen in den dreigliedrigen Deliktsaufbau im Zivilrecht bei weitem keine so große Bedeutung zukommt wie im

272) So Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 9 I 1 und Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 67 ff passim unter bewußtem Verzicht auf eine Stellungnahme zur Handlungslehre.

Strafrecht, weil z.B. der Streit um die Lehre vom Verbotsirrtum wegen der Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Mehrzahl der Deliktstatbestände des Zivilrechts praktisch ohne Auswirkung bleibt²⁷³⁾, wollen wir trotzdem untersuchen, welche Merkmale neben der Handlung und dem Erfolg zum Tatbestand i.e.S. bei der Verletzung primärer Handlungspflichten gehören.

(4) Sonstige Tatbestandsmerkmale primärer Handlungspflichten

Bei der Frage nach den sonstigen Tatbestandsmerkmalen der primären Handlungspflichten geht es um die Einordnung der Voraussetzungen der primären Handlungspflichten, nämlich "das Vorliegen einer deliktischen Handlungspflicht", "die Übertragung der deliktischen Handlungspflicht auf einen Dritten" und das Merkmal "verkehrserforderliche Sorgfalt". Die beiden ersten Merkmale begründen die Rechtspflicht zum Handeln: die Pflicht Aufsichtsmaßnahmen und Aufsichtsmaßnahmen bzw. Organisationsmaßnahmen zu treffen. Das Merkmal verkehrserforderliche Sorgfalt ist die Inhaltsbestimmung des Fahrlässigkeitsurteils. Das Fahrlässigkeitsurteil selbst ist Schuldurteil; denn die Fahrlässigkeit ist nach h.M.^{273 a)} im Zivilrecht Schuldform. Die Fahrlässigkeit als Schuldform steht hier bei der Frage der Einordnung sonstiger Tatbestandsmerkmale nicht zur Diskussion. Sonstige Tatbestandsmerkmale kann aber die "Gesamtheit der Tatumstände" darstellen, die den Inhalt der verkehrserforderlichen Sorgfalt bestimmt.

²⁷³⁾ Vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit, § 8 II 2, S. 148; Rechtsprechungsbeispiele siehe bei Rittner, in Festschrift f. Fritz v. Hippel, S. 417 ff; vgl. unten S. 111 f.

^{273a)} Vgl. Larenz, Lb., Bd. I, § 19 IV mit weiteren Nachweisen, insbesondere S. 226 in Fußn. 1.

Münzberg kommt in seiner Untersuchung über das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit²⁷⁴⁾ ausgehend von der Prämisse, daß rechtswidrig nur ein menschliches Verhalten sein kann, weil der Bestimmungsnorm vor der Bewertungsnorm solange der Vorzug einzuräumen sei als Gesetz, Rechtsprechung und Lehre die Begriffe "Pflicht, Pflichtverletzung, Pflichtwidrigkeit" verwenden und erst nehmen²⁷⁵⁾, zu dem Ergebnis, daß sich das Rechtswidrigkeitsurteil nur auf die verhaltensbezogenen Tatbestandsmerkmale stützt²⁷⁶⁾. Die erfolgsbezogenen Tatbestandselemente tragen das Rechtswidrigkeitsurteil nicht. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung²⁷⁷⁾ bestehe keine Deckungsgleichheit zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit. Neben den objektiven Strafbarkeitsbedingungen gebe es eine Fülle erfolgsbezogener, im gesetzlichen Tatbestand vertyppter Unrechtsmerkmale, die zwar Tatbestandsmerkmale seien, auf die sich aber das Rechtswidrigkeitsurteil nicht beziehe. Es gebe sanktionslose rechtswidrige Handlungen²⁷⁸⁾ ebenso wie das Urteil über die Rechtswidrigkeit nicht deshalb entfalle, weil infolge günstiger Umstände kein Schaden eintritt²⁷⁹⁾. Diese Grundsätze träfen insbesondere auf die unechten Unterlassungsdelikte zu²⁸⁰⁾. Weder die Handlungspflicht noch die hinzugedachte Handlung noch die Tatmerkmale, aus denen die Handlungspflicht abgeleitet werde, gehörten

274) Verhalten und Erfolg, S. 75 ff.

275) A.a.O., S. 11.

276) A.a.O., S. 78 f einschl. der ungeschriebenen Tatmerkmale, ohne die eine Tat nicht als rechtswidrig angesehen werden kann, a.a.O., S. 102 f (mit Nachweisen a.a.O., S. 101 in Fußn. 202). Für Verhaltensunrecht die Vertreter der neuen Rechtswidrigkeitslehre vgl. oben Fußn. 3 (zum Begriff neue Rechtswidrigkeitslehre Fußn. 304).

277) Nachweise bei Münzberg, a.a.O., S. 76, in Fußn. 152 und 153.

278) A.a.O., S. 81 mit Literaturnachweisen in Fußn. 153, S. 76 und Beispielen aus dem BGB in Fußn. 189.

279) A.a.O., S. 92 ff mit Literaturnachweisen in Fußn. 182.

280) A.a.O., S. 103.

zum Tatbestand. Sie bildeten den Unrechtssachverhalt²⁸¹⁾, d.h. die Gesamtheit der im Gesetz nicht aufgezählten Tatumstände, aus denen auf die Rechtswidrigkeit der Handlung oder Unterlassung geschlossen werde. Zu ihnen gehörten auch die Tatsachen, auf denen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt basiert²⁸²⁾.

Im übrigen sah sich die Zivilrechtsdogmatik nicht veranlaßt, zur Tatbestandslehre im Einzelnen Stellung zu nehmen. Der Streit hat sich vielmehr auf die Ebene der Fahrlässigkeit²⁸³⁾ und von dort in die Rechtswidrigkeitslehre verlagert, weil man in der verkehrserforderlichen Sorgfalt im Gewand eines objektiven Pflichtmaßstabs bei der zivilrechtlichen Verschuldenshaftung einen Rechtswidrigkeitsmaßstab²⁸⁴⁾ erblickt oder "die Identität von objektiver Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit beim unvorsätzlichen Delikt²⁸⁵⁾" bejaht. Das Problem der Tatbestandsmäßigkeit stellt sich nicht, weil auch die Fahrlässigkeit die Haftung begründet.

Auch aus der Irrtumslehre läßt sich die Zuordnung der Merkmale "Vorliegen einer deliktischen Handlungspflicht" und "Übertragung der deliktischen Handlungspflicht" und "Tatumstände, die den Inhalt der verkehrserforderlichen Sorgfalt bestimmen" zum Tatbestand nicht begründen. Im Strafrecht führt der Tatbestandsirrtum zum Entfallen des Vorsatzes (§ 59 Abs. 1 StGB), so daß eine Strafbarkeit nur noch in Frage steht, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht,

281) A.a.O., S. 104.

282) A.a.O., S. 106 mit Nachweisen für in Fußn. 202, S. 101 und gegen in Fußn. 206, S. 103.

283) Zur Dogmatik der Fahrlässigkeit siehe die Zusammenstellung der teilweise nur geringfügig differierenden Auffassung bei Deutsch, Fahrlässigkeit, in § 3, S. 22 ff.

284) So Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 9 II 2, S. 64.

285) So Nipperdey, NJW 1957, 1777 (1780 r. Sp.), im Anschluß an Welzel.

d.h. wenn auch die fahrlässige Begehungsweise strafbar ist (§ 59 Abs. 2 StGB). Den Verbotsirrtum behandelt die Schuldtheorie als fakultativen Strafmilderungsgrund, wobei es für die Strafmilderung darauf ankommt, ob der Irrtum vermeidbar oder unvermeidbar war²⁸⁷⁾. Die Vermeidbarkeit beurteilt die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen danach, ob der Handelnde sein "Gewissen in zumutbarer Weise angespannt"²⁸⁸⁾ hat. Das bedeutet nach späterer Interpretation, daß "alle geistigen Erkenntniskräfte und alle sittlichen Wertvorstellungen einzusetzen sind, wenn es gilt, sich über die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens ein Bild zu machen"²⁸⁹⁾. Das Urteil über die Vermeidbarkeit ist "unter Berücksichtigung der dem Handelnden eigenen Gaben, Fähigkeiten und Einsichten"²⁹⁰⁾ zu treffen. Das sind die Grundsätze der Fahrlässigkeitsprüfung nach dem individualisierenden Fahrlässigkeitsmaßstab des Strafrechts²⁹¹⁾.

Im Zivilrecht gelten für den Irrtum folgende Grundsätze²⁹²⁾. Der Tatbestandsirrtum führt zur Haftung bei fahrlässiger Begehungsweise. Für den Rechtsirrtum wurde schon vom RG²⁹³⁾ der Satz entwickelt, daß er das Verschulden nur dann ausschließen kann, "wenn der Handelnde bei Beobachtung der im Verkehr erforderli-

287) Auf die Differenzierung der eingeschränkten Schuldtheorie nach Sachverhaltsirrtum, der wie ein Tatbestandsirrtum behandelt wird, und Bewertungsirrtum, der den Regeln des Verbotsirrtums unterliegt, kommt es hier nicht an.

288) BGH v. 18. März 1952, BGHSt 2, 194 (201).

289) BGH v. 23. Dez. 1952, BGHSt 4, 1 (5).

290) BGH v. 19. Dez. 1952, BGHSt 3, 357 (366).

291) Die Fahrlässigkeitsprüfung läßt jedoch bei Bejahung der Vermeidbarkeit die vorsätzliche Begehungsweise unberührt.

292) Siehe unten Fußn. 300.

293) RG v. 27. Mai 1908, RGZ 68, 431 (437 f);
RG v. 7. Mai 1920, RGZ 73, 333 (337);
RG v. 2. März 1915, RGZ 86, 286 (289).

chen Sorgfalt²⁹⁴⁾ zu der rechtsirrigen Auffassung gelangen konnte, seine schädigende Handlung sei erlaubt". Der BGH hat zwar solche allgemeinen Formulierungen²⁹⁵⁾ vermieden, er prüft aber immer wie das RG die verkehrserforderliche Sorgfalt²⁹⁶⁾, und zwar auch bei den primären Handlungspflichten. Ausgehend von dem Grundsatz, daß die Beauftragung eines sachkundigen Unternehmers nicht bereits von der allgemeinen Aufsichtspflicht entbindet, "wenn die übertragenen Arbeiten mit besonderen Verkehrsgefahren verbunden sind, die auch von einem Nichtfachmann erkannt und abgestellt werden können"²⁹⁷⁾, kommt der BGH zur Prüfung der Fahrlässigkeit, wenn der Beklagte "bei Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt Zweifel in dieser Hinsicht (= erforderliche Sachkunde des Unternehmers)²⁹⁸⁾ hätte haben müssen"²⁹⁹⁾.

294) Hervorhebung vom Verfasser.

295) So zu Recht Rittner, Rechtsirrtum, in Festschr. f. Fritz v. Hippel, S. 417.

296) Vgl. z.B. BGH v. 18. Jan. 1956, VersR 1956, 176 (177 I. Sp.): Hinsichtlich rechtsirriger Unkenntnis einer Vorfahrtsregel; v. 30. Sept. 1958, NJW 1958, 2066 r. Sp.: i.d.R. läßt Unkenntnis der Verkehrsvorschriften das Verschulden nicht entfallen; v. 18. Mai 1955, BGHZ 17, 266 (295 f); Rechtsirrtum bei ungeklärter Rechtslage; v. 23. März 1959, BGHZ 30, 19 (22): Amtspflichtsverletzung durch unrichtige Gesetzesauslegung; Rittner, Rechtsirrtum, in Festschr. f. Fritz v. Hippel, S. 420 weist auf die Abstufung der Sorgfaltsanforderungen nach den beteiligten Verkehrskreisen hin. Vgl. dazu Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 39 ff mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen und Enneccerus-Nipperdey, Lb., Bd. II, § 209 I 3, S. 1308 ff.

297) BGH v. 26. Mai 1954, VersR 1954, 364 (365 I. Sp.); ähnlich spätere Entscheidungen z.B. v. 21. Jan. 1958, VersR 1958, 183 (183 r.Sp.); v. 10. Juli 1959, VersR 1959, 998, (999 r. Sp.); v. 17. Mai 1960, VersR 1960, 824 (825 I. Sp.); v. 19. Jan. 1962, 326 (327 r. Sp.) und Fußn. 299).

298) Klammerzusatz vom Verfasser.

299) BGH v. 28. Jan. 1964, VersR 1964, 412 (412 r.Sp.).

Rechtsirrtum und Tatbestandsirrtum lassen die Schadenshaftung unberührt, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht. Mangels Differenzierung des Haftungsumfanges nach der Schuld, läßt sich aus der Rechtsprechung nicht erkennen, ob der BGH im Zivilrecht beim Rechtsirrtum wie die eingeschränkte Schuldtheorie im Strafrecht den Sachverhaltsirrtum vom Bewertungsirrtum unterscheidet. Deshalb kann aus der Irrtumslehre nicht begründet werden, ob die Merkmale "Vorliegen einer Handlungspflicht" und "Übertragung dieser Pflicht auf Dritte" und die "Tatsachen, die den Inhalt der verkehrserforderlichen Sorgfalt bestimmen", (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmale sind oder nicht; denn die Fahrlässigkeitsprüfung beim Tatbestands- und beim Rechtsirrtum führt bei Verneinung der Fahrlässigkeit immer zur Ablehnung der Schadenshaftung mangels Schuld³⁰⁰⁾.

Eine sachliche und überzeugende Begründung für die Zuordnung dieser Merkmale zum Tatbestand der unerlaubten Handlung läßt sich kaum finden. Man könnte allenfalls aus der Behandlung der Sittenwidrigkeit bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) Einordnungskriterien herleiten. § 826 BGB setzt die Kenntnis der Tatumstände voraus, aus denen sich die Sittenwidrigkeit herleitet. Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit ist nicht erforderlich. Der Irrtum über die Tatumstände ist ein beachtlicher Sittenwidrigkeitsirrtum. Irrige Bewertung des eigenen Ver-

³⁰⁰⁾ Im Zivilrecht war es lange Zeit herrschend, daß ein Rechtsirrtum den Vorsatz ausschließt, gleichviel, ob er verschuldet war oder nicht. Ein Teil der Lehre und das BAG haben sich der Schuldtheorie zugewandt, vgl. im Einzelnen Deutsch, Fahrlässigkeit, § 11 II 2, S. 147 ff mit weiteren Nachweisen in Fußn. 25 ff.

haltens in Kenntnis aller Tatumstände läßt bei richtiger Überzeugung von der Zulässigkeit des eigenen Verhaltens in Verfolgung eines erlaubten Interesses den Sittenverstoß entfallen³⁰¹⁾. Im Grunde wird hier differenziert nach Sachverhalts- und Bewertungsirrtum, wie es die eingeschränkte Schuldtheorie des Strafrechts tut. Allerdings führt nicht bereits die fahrlässige Verkennung der Bewertung des Verhaltens als sittenwidrig (redliche Überzeugung), sondern erst die grobfahrlässige Fehlbewertung zur Bejahung der Sittenwidrigkeit³⁰²⁾. Aus dieser Sachbehandlung läßt sich mit einer gewissen Berechtigung die Zuordnung der genannten Merkmale zum Tatbestand herleiten. Solange aber im Zivilrecht mit dem Begriff Tatbestand eine Unrechtstypisierung verbunden ist, verbietet es sich m.E., die Merkmale "Vorliegen einer deliktischen Handlungspflicht", "Übertragung dieser Pflicht auf Dritte" und "die Tatumstände, aus denen sich die verkehrserforderliche Sorgfalt ergibt", zum Tatbestand zu rechnen. Wenn man dies tun will, muß man sich darüber im Klaren sein, daß der "Tatbestand" der primären Handlungspflichten kein typisiertes Unrecht enthält. M.E. ist es zutreffender, diese Merkmale mit Münzberg zum Unrechtssachverhalt zu rechnen, solange die primären Handlungspflichten gesetzlich nicht geregelt sind³⁰³⁾.

301) Unbestr. vgl. Knopp, in Soergel-Siebert, § 826 BGB, Rd.Nr. 47 und 50 mit Rechtsprechungsnachweisen.

302) Das nimmt Deutsch, Fahrlässigkeit, § 8 II 2 c, S. 149 zum Anlaß, sich gegen die Auffassung von der Geltung der Schuldtheorie im Zivilrecht (so Niese, JZ 1956, 465; Enneccerus-Nipperdey, Bd. II, § 215 III, S. 1335; Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 62) auszusprechen.

303) Damit ist nicht notwendig eine Anerkennung der Auffassung Münzbergs über die Rechtswidrigkeit verbunden.

b) Rechtswidrigkeit

Den Streit um die sog. Imperativentheorie zu entscheiden, würde den Rahmen dieser Arbeit übersteigen. Auch fühlt sich der Verfasser nicht berufen, eine Darstellung der Theorien zur Bestimmungs- und Bewertungsnorm zu geben. Allerdings gilt für die primären Handlungspflichten die "neue Rechtswidrigkeitslehre"³⁰⁴⁾ insoweit, als sie zu den Verkehrspflichtdelikten gehören, bei denen das Rechtswidrigkeitssurteil nur handlungsbezogen sein kann³⁰⁵⁾. Rechtswidrig ist nur das Verhalten, das im Widerspruch zu dem ex ante³⁰⁶⁾ aufgrund

304) Begriff v. Larenz, Rechtswidrigkeit, in Festschr. f. Dölle, Bd. I, S. 169 (170).

305) Die Vertreter siehe oben Fußn. 3. Hierüber besteht, soweit ersichtlich Einigkeit, vgl. z.B. Larenz, Lb., Bd. I, § 19 IV, S. 227 f; Rechtswidrigkeit, in Festschr. f. Dölle, Bd. I, S. 169 (189); v. Caemmerer, Wandlungen, a.a.O., S. 77 ff, 131 ff; Deutsch Fahrlässigkeit, § 11 III 3, S. 231 f, wenn auch mit anderer Begründung.

306) Für Betrachtung ex post: Zeuner, JZ 1961, 41 (43 1.Sp.) und JZ 1966, 1 (5 1. Sp.); Stoll, JZ 1958, 137 (142 1. Sp.); Weitnauer, Karlsruher Forum, 1961, 28 (30) in Fußn. 14; Larenz, Rechtswidrigkeit, in Festschr. für Dölle, Bd. I, 169 (180 und 195). Wie hier Engisch, Festschr. des DJT, Bd. I, S. 401 (415); v. Caemmerer, Karlsruher Forum, 1961, 15 (21 1. Sp.); Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 109 f, 141 ff. Mit der Betrachtung ex post läßt sich die Interessenabwägung nicht vereinbaren (vgl. Münzberg, a.a.O., S. 284 ff), weil ansonsten z.B. jede gefährdende Handlung von vornherein verboten wäre. Nach der Betrachtung ex post ist die Handlung "Gefährdung" um des eingetretenen Erfolgs (Schaden an einem absolut geschützten Rechte) willen rechtswidrig. Diese Auffassung ist mit dem geltenden Recht unvereinbar (vgl. oben S. 62 f). Das ist von Deutsch (a.a.O., S. 233) erkannt. Daher lehrt Deutsch, daß trotz Zulassung eines gefährlichen Verhaltens dieses noch nicht rechtmäßig sei. Was soll es aber sonst sein, da die Auffassung eines "Nichtrechts" (vgl. Deutsch, a.a.O., S. 242) auch von Deutsch nicht vertreten wird.

einer primären Handlungspflicht gesollten Verhalten steht. Die Bestimmung des ex ante Gesollten erfolgt nach den Prinzipien der Eignung, des Könnens und der Interessenabwägung³⁰⁷⁾. Das Verhalten muß geeignet sein zu einer Rechtsgutsverletzung zu führen. Der Normadressat muß in der Lage sein, den Eintritt der Rechtsgutsverletzung zu hindern, und die Abwägung seines Interesses der Vornahme generell erlaubter, die Rechtsgüter Dritter gefährdender Handlungen mit dem Interesse am Rechtsgüterschutz muß ihm Schutzmaßnahmen gebieten. Unter diesen Gesichtspunkten sind die Rechtspflicht zum Handeln und der Rechtswidrigkeitszusammenhang bei primären Handlungspflichten zu erörtern. Auf die verkehrserforderliche Sorgfalt ist entsprechend der h.M. im Rahmen der Schuld einzugehen.

(1) Die Rechtspflicht zum Handeln

Die Rechtspflicht zum Handeln ergibt sich aus der Übertragung deliktischer Handlungspflichten auf Dritte, weil sich niemand jeder Verantwortlichkeit durch die Beauftragung eines Dritten entziehen kann³⁰⁸⁾. Diese Rechtspflicht besteht abstrakt und generell selbst bei Beauftragung eines sachkundigen Unternehmers, wenn die Übertragung einer deliktischen Handlungspflicht in Frage steht. Eine Rechtspflicht zum Handeln läßt sich ohne Prüfung der Eignung³⁰⁹⁾ der gebotenen Handlung, den Eintritt des mißbilligten Erfolgs zu verhindern, nicht begründen. Die Eignung muß vom Standpunkt ex ante³¹⁰⁾ erkennbar sein; denn das Rechtswidrigkeitssurteil über ein bestimmtes Verhalten setzt die Kenntnis oder doch die Erkennbarkeit der Normwidrigkeit der Unterlassung der gebotenen Handlung voraus. Aus der Voraussetzung der Eignung ergibt sich auch die zeitliche Grenze der zu berück-

307) Im Einzelnen vgl. Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 141 ff. Zur Begründung der Interessenabwägung oben S. 62 f.

308) Dazu siehe oben S. 68 ff.

309) Bestritten. Mit guten Gründen bejahend Münzberg, a.a.O., S. 141 ff, mit weiteren Nachweisen.

310) Vgl. Fußn. 306.

sichtigenden Umstände, die für das Eignungsurteil maßgebend sind: Nur solche Tatumstände sind für die Eignungsprognose zu berücksichtigen, die dem Handlungspflichtigen erkennbar waren, solange er den Eintritt des Erfolgs beeinflussen, d.h., verhindern konnte³¹¹⁾. Die Eignung setzt weiter die Wahrscheinlichkeit der Erfolgshinderung bei Vornahme der gebotenen Handlung voraus³¹²⁾.

Die Prüfung der Eignung der Aufsichts- und Organisationsmaßnahmen zur Hinderung des Erfolgseintritts erübrigt sich bei primären Handlungspflichten. Das beruht auf der Struktur der primären Handlungspflichten als "unübertragbarer Rest" deliktischer Handlungspflichten. Die Beauftragung eines Dritten mit der Ausführung deliktischer Handlungspflichten - diese kann in der Übertragung gefährlicher Arbeiten³¹³⁾ liegen - begründet die Pflicht, Aufsichts- und Organisationsmaßnahmen zu treffen, ohne daß die Eignung der Erfolgshinderung einer Begründung bedarf, weil nur auf diese Weise der Dritte zur Vornahme der erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen veranlaßt und der "primär" Verpflichtete von den getroffenen Maßnahmen Kenntnis nehmen kann, um notfalls in eigener Person fehlerhafte Vorkehrungen korrigieren oder fehlende Vorichtsmaßnahmen durchführen zu können. Maßnahmen der Aufsicht und der Organisation sind die einzigen geeigneten Mittel der Erfolgshinderung. Diese Pflicht besteht abstrakt und generell, wenn auch Inhalt und Umfang der gebotenen Aufsichts- und Organisationsmaßnahmen erst in concreto aufgrund der Umstände im Einzelfall bestimmt werden können³¹⁴⁾. Diese Rechtspflicht zum Handeln entfällt nur dann, wenn von vornherein feststeht, daß der beauftragte

311) S. Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 141 ff, 183 f.

312) Münzberg, a.a.O., S. 187 ff; zur Abgrenzung von der Adäquanz a.a.O., S. 145 ff.

313) Vgl. Rspr.-Zitate in Fußn. 297 und 299.

314) Letztlich nur aufgrund einer Interessenabwägung.

Dritte die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen treffen werde. Die Rechtsprechung³¹⁵⁾ hat diese Voraussetzung bei der Beauftragung eines sachkundigen Unternehmers bejaht, wenn keine Zweifel an der Sachkunde bestehen. Der tiefere Grund liegt darin, daß auch der Unternehmer wegen der Ausübung einer gefährlichen Tätigkeit verpflichtet ist, Sicherheitsvorkehrungen zu treffen. Aufgrund seiner Sachkunde kann er die geeigneteren Maßnahmen auswählen und durchführen, deren Eignung und Erforderlichkeit der "technische" Laie vielfach nicht beurteilen kann. Damit entfällt insoweit auch jede Möglichkeit, durch Aufsichts- und Organisationsmaßnahmen den Erfolgseintritt zu hindern. Dem Interesse am Rechtsgüterschutz wird außerdem durch Beauftragung eines sachkundigen (und zuverlässigen!) Unternehmers genüge getan.

Nach dem Prinzip des Könnens setzt das Rechtswidrigkeitsurteil die Beherrschbarkeit des Kausalverlaufs voraus³¹⁶⁾. Die Vorhersehbarkeit des Kausalablaufs, d.h., die Fähigkeit, die Sachlage zur Tatzeit und die Eignung der gesollten Handlung zur Verhinderung des Erfolgseintritts zu erkennen, und die Durchführbarkeit der gesollten Hand-

315) So die st. Rspr. zur allgemeinen Aufsichts- und Organisationspflicht (vgl. oben S.69 ff); darauf beruht auch die Auffassung in der Literatur von der Ergänzung der Verkehrspflichtdelikte durch die allgemeine Aufsichts- und Organisationspflicht, vgl. z.B. Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. II, § 108 III; Thomas, in Palandt, § 823 Anm. 8 d.

316) Das ist allgemein anerkannt (vgl. die Nachweise bei Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 192, Fußn. 380), wenn auch die Stufen des Könnens (Münzberg, a.a.O., S. 193 f), die Einordnung im Deliktsaufbau (Münzberg, a.a.O., mit Nachweisen über unterschiedliche Einordnungen insbesondere in Fußn. 383, 389, 397, 401) und der anzuwendende abstrakt-konkret, generell-individuelle Maßstab auch nach der Entscheidung zu einer bestimmten Einordnung im Deliktsaufbau umstritten sind.

lung nach den geistigen, psychischen und physischen Fähigkeiten³¹⁷⁾ des Normadressaten begründen auf der Stufe des Könnens das Rechtswidrigkeitsurteil nach einem gleitenden generell-abstrakten, individuell-konkreten Beurteilungsmaßstab³¹⁸⁾.

³¹⁷⁾ Diese Fähigkeit wird weder typisiert noch objektiviert. Nur so läßt sich die Lehre vom "Übernahmeverschulden" begründen, die im Beginn einer Tätigkeit die rechtlich relevante Handlung sieht, wenn die Anforderungen der Tätigkeit das Können des Handelnden allgemein übersteigt (Nachweise bei Münzberg, a.a.O., in Fußn. 432). Zeuner, a.a.O. - oben Fußn. 306 - will die Rechtswidrigkeit objektiv nach der Interessenlage bestimmen. Larenz, a.a.O. (Fußn. 306), S. 192 bestimmt die Verkehrssicherungspflicht objektiv (Fall des Haarfärbemittelproduzenten, der aufgrund eines nicht dem neuesten Stand der Wissenschaft entsprechenden Gutachtens die gesundheitsschädliche Wirkung nicht erkennt): eine Gesundheitsbeschädigung ist rechtswidrig aber nicht schuldhaft. Abgesehen von der Betrachtung ex post (dazu Fußn. 306) läßt Larenz m.E. außer Betracht, daß das Verbot einer Gesundheitsbeschädigung wegen des Erfolgs zwar generell und abstrakt besteht, die Rechtspflicht, ein bestimmtes Tun zu unterlassen oder eine bestimmte Handlung vorzunehmen, sich erst aufgrund der Umstände des Einzelfalles in concreto bestimmen läßt. Demgegenüber bestimmt Münzberg zu Recht nach einem gleitenden Beurteilungsmaßstab: generell-abstrakt, wenn es um die Frage der Notwehr geht, weil der Notwehrberechtigte die Rechtswidrigkeit eines Angriffs nur nach den äußeren ihm erkennbaren Momenten bestimmen kann; konkret-individuell, wenn es um die Bestimmung der Rechtspflicht des Handelnden geht. Weitnauer VersR 63, 992 (994) verneint diese Funktion der Rechtswidrigkeit für die Notwehr.

³¹⁸⁾ Begründung im Einzelnen bei Münzberg, a.a.O., S. 201 ff, 237 ff mit Nachweisen. Es ist nicht Zweck dieser Arbeit, eine Rechtswidrigkeitslehre zu begründen. Über die Rechtsprechung dazu Münzberg, a.a.O., S. 247.

Auch dieses Prinzip liefert einen Ansatzpunkt, bei Übertragung gefährlicher Arbeiten auf einen sachkundigen Unternehmer die Pflicht zu Aufsichts- und Organisationsmaßnahmen zu verneinen, wenn kein Anlaß zu Zweifel an der Sachkunde besteht. Hier geht es nicht um die Eignung, sondern um die Erkennbarkeit der Eignung³¹⁹⁾ zur Erfolgshinderung. Sie kann erst bei Durchführung der gefährlichen Arbeiten in Erscheinung treten, wenn z.B. der beauftragte, angeblich sachkundige Unternehmer die auch dem Laien erkennbaren einfachsten Sicherungsmaßnahmen unterläßt.

Nach dem Prinzip der Interessenabwägung³²⁰⁾ bestimmt sich der Umfang der Aufsichts- und Organisationsmaßnahmen. Wenn die Rechtsprechung die Rechtspflicht zum Handeln vom Grad der Gefährlichkeit und der Zuverlässigkeit des Dritten³²¹⁾, dem die Wahrnehmung einer deliktischen Handlungspflicht übertragen wurde, abhängig macht, dann nimmt sie eine Interessenabwägung vor. Eine derartige Interessenabwägung findet darüber hinaus bereits statt, wenn es um die inhaltliche Bestimmung des Umfangs von Sicherungsmaßnahmen aufgrund deliktischer Handlungspflichten geht. Wenn z.B. in der Rechtsprechung die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht in der Aufstellung von Warnzeichen erblickt wird, soweit nicht die besondere Gefährlichkeit der Straßenstelle sofortige bauliche Maßnahmen erfordert³²²⁾, dann werden auf der Stufe der

319) Darin liegt eine notwendige Wechselwirkung zwischen den Prinzipien der Eignung und des Könnens vgl. Münzberg, a.a.O., S. 186 f, 256 ff.

320) Über die Begründung s. Münzberg, a.a.O., S. 259 ff; die Vertreter der Prüfung auf der Stufe der Rechtswidrigkeit, a.a.O., S. 278 in Fußn. 544. Zu Recht hebt Münzberg hervor, daß bei echtem Handeln auf eigene Gefahr schon immer eine Interessenabwägung stattfindet, die in der Relativierung der Sorgfaltspflicht (v. Caemmerer, Wandlungen, a.a.O., S. 58) bzw. der begrenzten Verkehrssicherungspflicht (Schwab, JZ 1967, 13 (16) mit Rspr.-Nachweisen in Fußn. 22) ihren Ausdruck findet.

321) Rspr. s. in RGRK, § 823 BGB, Rd. Nr. 73.

322) Vgl. z.B. die Rspr. zum Blaubasaltplaster (Zitate in Fußn. 105).

Rechtswidrigkeit³²³⁾ die Interessen gegeneinander abgewogen. Da die Übertragung deliktischer Handlungspflichten nicht von jeder Verantwortlichkeit befreit und ein unübertragbarer Rest dem "primär" Verpflichteten verbleibt, ergibt sich schon daraus, daß die Interessenabwägung auf die primären Handlungspflichten durchschlägt.

(2) Rechtswidrigkeitszusammenhang

Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang³²⁴⁾ versucht, aus dem Gedanken des Schutzbereichs der Norm die Haftung nach dem Normzweck³²⁵⁾ zu begrenzen. Schon daraus ergibt sich, daß die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Frage nach der Rechtswidrigkeit nichts zu tun hat. Es geht ihr um die Einschränkung der Haftung in den Fällen, wo trotz Kausalität die Haftung zu verneinen ist, weil der Schaden vom Schutzzweck nicht umfaßt ist³²⁶⁾, und um die Behandlung der Fälle, in denen der Schaden auch bei normgemäßem Verhalten eingetreten wäre.

Die Frage nach dem Rechtswidrigkeitszusammenhang ist in ihrer ersten Variante für die primären Handlungspflichten

323) Stoll, Handeln, S. 280 und AcP 162, 203 (233); Münzberg, a.a.O., S. 306; in diese Richtung weist auch die Lehre von der Sozialadäquanz (vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit, § 11 VI, S. 243 ff mit weiteren Nachweisen insbesondere in Fußn. 255), soweit diese zur Rechtswidrigkeit gezählt wird.

324) Begriff wird verwendet von Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., § 61 und § 202; 3. Aufl., Bd. I, § 45; Lehmann, in Festschr. f. Hedemann, S. 179 ff; Enneccerus-Lehmann, § 239 IV; Enneccerus-Nipperdey, § 216 III. Über Ursprung, Begründung und seine Ausweitung auf § 823 Abs. 1 BGB vgl. Münzberg, a.a.O., S. 124 in Fußn. 248 und Raiser, JZ 1963, 462 (463 r.Sp.).

325) Wolf, Normzweck, S. 39 ff und Stoll, AcP 162, 203 (234) und Normzweck, S. 13, 19 ff wollen nach dem Normzweck die Grenze der Rechtswidrigkeit bestimmen; dagegen zu Recht Münzberg, a.a.O., S. 126, Fußn. 251, daß der Rechtswidrigkeitszusammenhang die Rechtswidrigkeit der Handlung voraussetzt.

326) Da bei den primären Handlungspflichten allein Verhaltensunrecht in Frage steht, kann die Problematik dahinstehen, daß sich die Frage des Rechtswidrigkeitszusammenhangs bei Erfolgsunrecht auf die Ebene der Schuld (Schuldzusammenhang) verschiebt (vgl. Münzberg, a.a.O., S. 126).

nicht problematisch, weil sie die Existenz deliktischer Handlungspflichten und deren Delegation auf Dritte voraussetzen. Schon die Bejahung einer deliktischen Handlungspflicht beinhaltet eine mögliche Gefährdung absolut geschützter Rechte i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB. Damit ist auch zugleich der Rechtswidrigkeitszusammenhang bejaht, weil die primären Handlungspflichten nur deshalb bestehen, damit sich niemand durch die Beauftragung Dritter jeder Verantwortlichkeit entziehen kann.

Auch die zweite Variante, ob ein trotz Erfüllung der geforderten Aufsichts- und organisatorischen Maßnahmen eingetretener Erfolg, den Rechtswidrigkeitszusammenhang zu zerreißen vermag, ist bei den primären Handlungspflichten ohne Auswirkung. Es sind zwei Fallgestaltungen denkbar: Der Dritte verletzt trotz Erfüllung der primären Handlungspflichten absolut geschützte Rechtsgüter Dritter oder trotz erforderlicher organisatorischer Maßnahmen führt ein sog. "Ausreißer" bei der industriellen Massenproduktion einen Schaden herbei. Beide Fälle fallen jedoch nicht in die Problematik des Rechtswidrigkeitszusammenhangs; denn die Vornahme der durch die primären Handlungspflichten gebotenen Maßnahmen der Aufsicht und Organisation läßt nicht nur den Vorwurf der Sorgfaltswidrigkeit entfallen, sondern führt m.E. bereits zur Verneinung der Rechtswidrigkeit³²⁷⁾.

Bevor wir die Stufe der Rechtswidrigkeit verlassen, ist ein Hinweis geboten, der sich aus der Lehre von der Sozialadäquanz ergibt und deshalb hier zur Sprache kommt, aber an sich mit Fragen der Rechtswidrigkeit nur am Rande oder gar nicht zu tun hat.

Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang ist erforderlich zur Begrenzung der Haftung auf die zurechenbaren

³²⁷⁾ Zu Recht verneint die Rechtsprechung die deliktische Haftung (vgl. z.B. BGH v. 26. Nov. 1968, VersR 1969, 155 (159 r.Sp.) und die Literatur sucht den Ansatzpunkt zur Lösung des Ausreißerproblems im Rahmen der Gefährdungshaftung, vgl. z.B. Simitis, in Gutachten zum DJT 1968, S. C 54, mit weiteren Nachweisen in Fußn. 219.

Folgen, weil mit Kausalitätsüberlegungen streng genommen Fragen der Zurechnung eines Erfolges zu einer Handlung dann nicht gelöst werden können, wenn die Zurechnungsgründe von Kausalitätsbeziehungen differieren. Eine ausgewogene Zurechnungslehre fehlt³²⁸⁾. Aber nicht nur Schäden, die außerhalb des Normzwecks liegen, scheiden aus der Zurechnung aus, sondern auch alle Schäden, die im weitesten Sinn einem Handeln auf eigene Gefahr zuzurechnen sind. Der Schadensordnung³²⁹⁾ geht es nicht nur um die Abgrenzung von Unglück und Unrecht³³⁰⁾, Zufall und auf menschliche Einwirkung zurückzuführende Schädigungen, sondern auch um die Abgrenzung des selbst zu tragenden und des Überwältzbaren Schadens. Dieser Zweck hat seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden im sog. Mitverschulden (§ 254 BGB)³³¹⁾ und wurde in der Lehre vom Handeln auf eigene Gefahr³³²⁾ anerkannt. Es gibt Schäden, die auf keinen Dritten überwältzt werden können. Das ist der richtige Kern der Lehre von der Sozialadäquanz³³³⁾. Es gibt im menschlichen Zusammenleben eine Vielzahl von Handlungen, die objektiv eine Gefahrenquelle für Dritte beinhalten. Aber niemand denkt daran, den daraus entstehenden Schaden einem Dritten zuzurechnen, wenn der Schaden nur deshalb eingetreten ist, weil der Geschädigte die ihm gebotene und zumutbare Obliegenheit, sich selbst zu schützen, sorgfaltswidrig unterlassen hat.

328) Vgl. Reinecke, Verantwortung, S. 11 ff. Das war mit einer der Gründe, bei der Zuordnung des Erfolgs zum Tun oder Unterlassen von anderen Überlegungen auszugehen.

329) Begriff Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Inhaltsverzeichnis.

330) So Esser, Gefährdungshaftung, S. 23 ff; Zeuner, JZ 1961, 41 (43 r.Sp.).

331) Vgl. Dunz, JZ 1961, 406 (408 f). Böhmer, MDR 1963, 731 (732 l.Sp.); Zeuner, JZ 1966, 1 (2 f).

332) Dazu Stoll, Handeln, passim und Schwab, JZ 1967, 13 ff.

333) Vgl. Weitnauer, NJW 1961, 105 (107 l.Sp.) und Deutsch, Fahrlässigkeit, § 7 II 1 a, a.E., S. 123 und § 11 VI 1, S. 245.

Hier findet auf der Stufe der Zurechnung³³⁴⁾ des Schadens eine Interessenabwägung statt, die nach ähnlichen Kriterien erfolgt wie die auf der Stufe der Rechtswidrigkeit bei offensichtlich überwälzbaren Schäden³³⁵⁾.

Auch die Lehre vom erlaubten Risiko besitzt einen richtigen Kern. Wird die Grenze der zumutbaren Sorge für sich selbst durch ein gefahrträchtiges Handeln eines Dritten überschritten, dann läuft der Dritte ein erlaubtes Risiko, wenn er gleichzeitig die erforderlichen Maßnahmen trifft, die geeignet sind, die Gefahrenschwelle soweit herabzudrücken, daß der potentiell Gefährdete in der Lage ist, in Anwendung der ihm zumutbaren Sorgfalt sich selbst zu schützen. Das ist die Grundsituation des Gefährdungsunrechts. Ein gesetzlich normierter Fall findet sich in § 2 StVO³³⁶⁾, der die Teilnahme am Straßenverkehr trotz körperlicher Mängel gestattet, wenn ein ausreichender Ausgleich durch technische Hilfsmittel geschaffen wird.

c) Verschulden

Schuld ist entsprechend der Festlegung in § 276 Abs. 1 S. 1 BGB nach h.M.³³⁷⁾ Vorsatz und Fahrlässigkeit. Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, eine Schuldlehre zu begründen. Das Argument der h.L.³³⁸⁾, daß nur die Schuldtheorie wegen der generalisierenden Betrachtungsweise im Zivilrecht und der fehlenden Korrekturmöglichkeit auf dem Gebiet der Schuld und der Bemessung des Haftungsumfanges den Anforderungen zivilrechtlicher Haftung gerecht werde, ist nicht von der

334) Und damit der Tatbestandsmäßigkeit; denn es geht um die Frage der Schadensersatzpflicht eines Dritten (Überwälzbarkeit).

335) Anklänge an eine Interessenabwägung auf dem Gebiet der Schuld bei Fahrlässigkeit finden sich bei Zeuner, JZ 1966, 1 (8 r.Sp.).

336) Geilen, JZ 1964, 6 (8).

337) Vgl. z.B. Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 37 passim; a.M. Nipperdey, in Enneccerus-Nipperdey, § 210 I, S. 1301 f, der den Vorsatz im Anschluß an die finale Handlungslehre als "rechtlich relevante Finalität" betrachtet.

338) A.M. Wiethölter, JZ 1963, 205 (209).

Hand zu weisen, wenn auch im Zivilrecht nur ausnahmsweise eine unterschiedliche Haftung³³⁹⁾ für Vorsatz und Fahrlässigkeit gegeben ist. Dieser Unterschied tritt bei primären Handlungspflichten praktisch nicht zu Tage. Er wäre nur denkbar, wenn im Rahmen eines Vertragsverhältnisses die Haftung auf Vorsatz beschränkt wurde (Fall des § 276 Abs. 2 BGB) und konkurrierend zu vertraglichen Ersatzansprüchen³⁴⁰⁾ eine Haftung wegen (fahrlässiger) Verletzung einer primären Handlungspflicht in Frage steht. Soweit ersichtlich ist, stand ein solcher Fall noch nicht zur Entscheidung. Eine praktische Auswirkung der unterschiedlichen Auffassungen der Vorsatz- und der Schuldtheorie ist für primäre Handlungspflichten auch nicht zu erwarten. Trotzdem folgt die Darstellung aus den genannten Gründen der herrschenden Lehre.

(1) Vorsatz

Die Vorsatzschuld ist finale Erfolgsverwirklichung in Kenntnis der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit. Die Kenntnis der Tatumstände genügt nicht³⁴¹⁾. Für die primären Handlungspflichten hat dieses Erfordernis zur Folge, daß in der Praxis nur wegen fahrlässiger Verletzung primärer Handlungspflichten verurteilt wird, weil die Kenntnis der Rechtspflicht zum Handeln kaum nachweisbar ist. Die Haftung wird soweit ersichtlich immer über die Fahrlässigkeitsschuld infolge fahrlässiger Verbotsunkennntnis begründet, wenn nicht bereits von vornherein die fahrlässige Unterlassung der gebotenen Aufsichts- und Organisationsmaßnahmen in Frage steht.

(2) Fahrlässigkeit

Die Formel der Fahrlässigkeit als "verkehrserforderliche Sorgfalt" führt wegen ihrer Vieldeutigkeit³⁴²⁾

339) Beispiele bei Esser, a.a.O., § 37 III, S. 242 f.

340) Z.B. aus Miete, Pacht oder Beherbergungsvertrag, vorausgesetzt, daß der Haftungsausschluß sich nicht auf die unerlaubte Handlung erstreckt.

341) Anders bei § 826 BGB für die Sittenwidrigkeit, vgl. Esser, a.a.O., § 37 III, S. 241 ff.

342) Esser, a.a.O., § 38 I. Über die verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten vgl. Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 223 ff.

zu verschiedenen Auffassungen der Stellung der Fahrlässigkeit im Deliktsaufbau. Ein Teil der Lehre³⁴³⁾ sieht in der Fahrlässigkeit ein Tatbestandsmerkmal. Im Anschluß an die Grundsatzentscheidung des BGH v. 4.3.1957³⁴⁴⁾ sehen viele³⁴⁵⁾ in der Formel des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB eine Bestimmung der Widerrechtlichkeit unvorsätzlichen Verhaltens. Bis zur Entscheidung des BGH sah die h.M. in der Fahrlässigkeit ein reines Schuldmerkmal³⁴⁶⁾. Münzberg³⁴⁷⁾ zieht als mögliche Auslegung des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB in Erwägung, daß die verkehrserforderliche Sorgfalt als Haftungsmaßstab die Haftung unabhängig von Rechtswidrigkeit und Verschulden begründen könnte³⁴⁸⁾ 349). Larenz³⁵⁰⁾ ist der Meinung, daß der objektive Fahrlässigkeitsbegriff im Zivilrecht aus einer "eigentümlichen Kombination von Verschuldensprinzip und Risikogedanke" die Frage entscheide, welche von zwei Personen, die beide kein individueller Vorwurf trifft, "näher am Schaden sei" und die deshalb die Vermögenseinbuße wirtschaftlich zu tragen habe.

343) Welzel, Fahrlässigkeit, S. 15, 21; Wiethölter, Rechtfertigungsgrund, S. 41; v. Caemmerer, Wandlungen, in Festschr. DJT, Bd. II, S. 78, Anm. 118; Dunz, NJW 1960, 507 (510).

344) BGHZ 24, 21 ff.

345) So früher schon Exner, Fahrlässigkeit, S. 108, 193 ff und Wolf, Verbotenes Verhalten, S. 221, 232; jetzt: Nipperdey, NJW 1957, 1777 (1780 f); Niese, JZ 1956, 457 (461 r.Sp.); Fabricius, AcP 160, 273 (296); Wieacker, JZ 1957, 535 (537).

346) Auch jetzt noch Weitnauer, Karlsruher Forum 1961, 28 (30 f); NJW 1961, 105 (107 l.Sp.) und 1962, 1190 (1190 r.Sp.); VersR 1961, 1057 (1059 f) und 1963, 992 (994 ff); Reinhardt, Karlsruher Forum 1961, 3 (7 ff).

347) A.a.O., S. 226 ff im Anschluß an Bindokat, JZ 1958, 554.

348) Damit stimmt die hier vertretene Auffassung von der Zurechnungsregel überein (vgl. oben S. 24 ff).

349) Im Rahmen des Schuldverhältnisses genügt allein der Verstoß gegen Schuldnerpflichten, während bei unerlaubten Handlungen wegen § 823 Abs. 1 BGB nur rechtswidrige Handlungen in Betracht kämen.

350) Karlsruher Forum 1959, 10 (14); gegen die Erfolgsfortsetzung S. 127

Die Interpretation des § 276 Abs. 1 BGB als Haftungsmaßstab steht im Widerspruch zu der vom BGB konzipierten Verschuldenshaftung³⁵¹⁾. Sie hätte den Vorteil, Fragen des Schadensausgleichs unbelastet von den im Verschuldensbegriff immer mitschwingenden ethischen Wertvorstellungen zu lösen. Dem Schutz des Debilien und der nicht voll ausgereiften geistigen Persönlichkeit wäre durch die Sondervorschriften der §§ 104 ff, 827, 828 BGB Rechnung getragen, ohne daß man diese Bestimmungen notwendig als Zurechnungsfähigkeit i.S.d. Schuld auslegen müßte. Offen bliebe die Einordnung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, die bei unerlaubten Handlungen zur Rechtswidrigkeit gezogen werden müßte³⁵²⁾. Alle diese Fragen können im Rahmen dieser Arbeit nicht beurteilt werden. Auch läßt sich die Vereinbarkeit mit den sonstigen Vorschriften des BGB, die auf ein Verschulden abstellen, nicht ohne weitere Untersuchungen festzustellen. In Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung wird deshalb im Folgenden an der Verschuldenshaftung festgehalten. Die Fahrlässigkeit ist auch bei primären Handlungspflichten normativer Schuldmaßstab. Die Fahrlässigkeit ist aber nicht nur Schuldmaßstab, sondern bestimmt in den "im Verkehr erforderlichen Sorgfaltsmaßnahmen" den Pflichtmaßstab unvorsätzlichen Verhaltens³⁵³⁾.

Die Notwendigkeit, die verkehrserforderliche Sorgfalt als Pflichtmaßstab zu begreifen, ergibt sich für die

haftung des Unterdurchschnittlichen (Begriff v. Lange, AcP 156, 116 Anm. 15); Nipperdey, NJW 1957, 1777 (1781) und in Enneccerus-Nipperdey, §§ 209, 211, 213 II 2 und v. Caemmerer, Karlsruher Forum 1961, 19 (25 f).

- 351) Unbestritten vgl. Esser, Schuldrecht, Bd. I, § 38 II, S. 245, mit Nachweisen.
- 352) Ganz undenkbar ist es nicht, da der Rechtslehre subjektive Unrechtselemente durchaus geläufig sind, vgl. z.B. Deutsch, Fahrlässigkeit, § 11 III 4, S. 233 ff.
- 353) Darüber hinaus ist sie i.S.d. finalen Handlungslehre Handlungsbestandteil und wie die Ausführungen in Teil I gezeigt haben, Zuordnungs- bzw. Zurechnungsgrund fahrlässiger Erfolge zur Handlung.

Verkehrspflichtdelikte und deren haftpflichtrechtlich auf Dritte nicht übertragbaren Rest der "primären Handlungspflichten" aus ihrer Struktur³⁵⁴⁾ als Unterlassungsdelikte, die aus dem Interessenkonflikt zwischen erlaubter Gefährdung und Rechtsgüterschutz hervorgeht. Die Frage bleibt aber, ob der Rechtspflichtmaßstab ebenso wie der Schuldmaßstab bei fahrlässiger Begehungsweise nach den beteiligten Verkehrskreisen typisiert³⁵⁵⁾ werden kann oder muß. Diese Frage birgt nach der hier³⁵⁶⁾ im Anschluß an Münzberg vertretenen Auffassung der Bestimmung der Rechtswidrigkeit ex ante nach den Prinzipien der Eignung, des Könnens und der Interessenabwägung keine besondere Problematik, da im Rahmen der Interessenabwägung der Maßstab der beteiligten Verkehrskreise Berücksichtigung findet³⁵⁷⁾. Die Zulassung der Gefährdung und die damit verbundene Beschränkung der Abwehrbefugnisse erfordern als Ausgleich, daß das Können des Handelnden den Durchschnittsanforderungen dieses Verkehrskreises entspricht³⁵⁸⁾.

354) Vgl. oben S. 68 f. A.M. Deutsch, Fahrlässigkeit, § 11 III 3, S. 233. Diese Auffassung ist m.E. nicht haltbar (vgl. Fußn. 306). Es ist nicht möglich, die Rechtswidrigkeit vom Erfolg her zu bestimmen; denn die Rechtsordnung muß dem Handelnden schon vor Durchführung der gefährdenden Handlung sagen, ob sein Tun erlaubt oder unerlaubt ist, wenn sie der Funktion der Regelung des menschlichen Zusammenlebens gerecht werden will. Die Beurteilung vom Erfolg her rechtfertigt den Vorwurf Esser's (Gefährdungshaftung, S. 23 ff), daß über die Sorgfalts-pflichten Gefährdungshaftpflichttatbestände geschaffen werden, weil die gefährdende Handlung zugelassen wird und die Haftung mit dem Erfolg eintritt. Die objektivierte Schuld ist vielfach kein Korrektiv. Gefährdungshaftungstatbestände kann aber nur der Gesetzgeber begründen.

355) So Esser, Schuldrecht, Bd. I, § 38 V, S. 249.

356) Vgl. oben S. 115 ff.

357) Insoweit stimme ich mit Zeuner (a.a.O., Fußn. 306) überein, daß die Rechtswidrigkeit weder ausschließlich vom Standpunkt des Handelnden noch vom Standpunkt des Geschädigten beurteilt werden kann.

358) Ob man wie Esser (Fußn. 355) den Pflichtmaßstab immer typisieren kann, kann hier dahinstehen.

Rechtswidrig ist nicht die zur Hinderung der Erfolgsrealisierung vorgenommene Handlung, sondern das Unterlassen der unter Berücksichtigung der beteiligten Verkehrskreise und der Intensität der Gefährdung zum Schutz der gefährdeten Rechtsgüter gebotenen Handlung. Für die primären Handlungspflichten bedeutet dieses Ergebnis, daß sich Inhalt und Umfang gebotener Aufsichts- und Organisationsmaßnahmen nach dem typisierten Pflichtmaßstab beteiligter Verkehrskreise richten. Auf das von Larenz gebrachte Beispiel des Haarfärbemittelproduzenten³⁵⁹⁾ angewandt ergibt sich, daß ein neues Haarfärbemittel erst dann in den Verkehr gebracht werden darf, wenn durch Versuchsreihen³⁶⁰⁾ - ob in eigenen oder fremden Labors (Gutachten!), spielt keine Rolle - mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt ist, daß bei Benutzung des Haarfärbemittels eine Gesundheitsbeschädigung nicht zu befürchten ist. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind und keine Zweifel an der Sachkunde des Gutachters bestehen, hat der Produzent seine Rechtspflichten erfüllt. Tritt aufgrund unvorhergesehener Umstände doch eine Gesundheitsbeschädigung ein, beruht dieser Erfolg jedenfalls nicht auf einer rechtswidrigen Handlung des Produzenten.

Ein weiteres Problem der Fahrlässigkeit ergibt sich aus dem Schuldmaßstab. Es stellt sich die Frage, ob der Schuldvorwurf individuell³⁶¹⁾ oder typisierend nach dem Sorgfaltsstandard der beteiligten Verkehrskreise³⁶²⁾ zu bestimmen ist, wie es die h.L. und mit ihr die Rechtsprechung³⁶³⁾ annimmt. Die Fragestellung gipfelt in der

359) Vgl. Fußn. 317.

360) Insoweit besteht eine Aufsichts- oder Organisationspflicht.

361) Sog. subjektive Theorie. Ihre Vertreter s. bei Deutsch, Fahrlässigkeit, § 3 I 1, S. 22 ff.

362) Sog. objektive Theorie. Die Vertreter s. bei Deutsch, a.a.O., § 3 I 2, S. 28 ff.

363) Nachweise bei Deutsch, a.a.O., § 3 I 4, S. 38 ff.

Problematik des Übernahmeverschuldens : eines individuellen oder objektivierten Schuldvorwurfs, daß der Handlungspflichtige die typisierte Bestimmung seines Könnens durch den Pflichtmaßstab (vermeidbar oder unvermeidbar) nicht erkannte.

Den Ansatzpunkt zur Lösung dieser Frage liefern die vermittelnden Lehren. Nach Wilburg³⁶⁴⁾ kann die Gefährlichkeit des Unternehmens die volle Verantwortlichkeit rechtfertigen. V. Caemmerer³⁶⁵⁾ unterscheidet drei Bereiche, in denen die Garantie bestimmter Fähigkeiten die Grundlage der Haftung sei: In der vertraglichen Zusage einer Leistung liege die Gewährübernahme für ein bestimmtes äußeres Verhalten und damit für das Vorhandensein der dazu erforderlichen Fähigkeiten. Bei außervertraglicher Haftung für das Verschulden Anderer ergebe sich aus den §§ 31, 831 BGB (auch aus der geplanten Neufassung des § 831 BGB), daß der "Geschäftsherr" das Risiko des persönlichen Versagens dieser Personen trage. Aus der Gefährdungshaftung und einer evtl. vorgeschriebenen Deckungsvorsorge oder Haftpflichtversicherung ergebe sich, daß der das Risiko zu tragen habe, der diese gefährlichen Tätigkeiten vornehme. Zweifelnd äußert sich v. Caemmerer, ob bei der mit Gefährdungshaftung konkurrierenden allgemeinen Haftung für objektive Fahrlässigkeit gehaftet werden solle³⁶⁶⁾.

Für die Lösung unserer Frage ist die von v. Caemmerer vertretene Auffassung des objektivierten Schuldvorwurfs in den Fällen der §§ 31, 831 BGB insoweit unbrauchbar,

³⁶⁴⁾ Elemente des Schadensrechts, S. 283 ff.

³⁶⁵⁾ Karlsruher Forum, 1961, 19 (25 f).

³⁶⁶⁾ A.a.O. (FuBn. 365).

als bei primären Handlungspflichten für eigenes Verschulden gehaftet wird und keineswegs aus einer gesetzlichen Bestimmung erkennbar ist, daß der "primär" Verpflichtete das Risiko der Übertragung einer deliktischen Handlungspflicht zu tragen habe. Die Begründung der primären Handlungspflichten in der Rechtsprechung³⁶⁷⁾ hat gezeigt, daß sich der Handlungspflichtige nicht seiner Verantwortlichkeit entziehen kann. Es ist aber nirgends zum Ausdruck gebracht, daß er außerdem das Risiko des persönlichen Versagens der beauftragten Personen trage. Eine solche Risikoüberwälzung ist wegen des nicht übertragbaren Restes der Eigenverantwortlichkeit auch nicht erforderlich.

Ein objektivierter Schuldmaßstab ist aber aus anderen Überlegungen zu begründen. Wilburg hat m.E. richtig erkannt, daß die Gefährlichkeit einer Tätigkeit die volle Verantwortlichkeit rechtfertigen könne. Wenn schon die mögliche Gefährdung eines Rechtsguts durch rechtlich zulässiges Handeln eine Objektivierung des Könnens bei der Bestimmung der Rechtspflicht zum Handeln erfordern, dann kann sich der Handelnde nicht auf der Stufe der Schuld darauf berufen können, er habe diesen objektivierten Pflichtmaßstab aufgrund individueller Mängel nicht erkennen können. Würde man anders entscheiden, würde die objektivierte Bestimmung des Pflichtmaßstabs der gebotenen Interessenabwägung nicht gerecht. Eine objektiv bestimmte Rechtspflicht zum Handeln nützt dem gefährdeten Dritten nur, wenn der Handelnde auch dafür einzustehen hat, ohne sich auf individuelle Mängel berufen zu können.

³⁶⁷⁾ vgl. oben, S. 68 ff.

S c h l u ß b e m e r k u n g

Der Zweck dieser Arbeit bestand in der Ergründung der Struktur primärer Handlungspflichten. Der Umbruch des Deliktsrechts zwang zum Versuch einer Zuordnungslehre, um Tun und Unterlassen voneinander abgrenzen zu können. Offen bleiben die Probleme der Zurechnung ohne Sinn- oder Zweckzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg und der Verneinung der Zurechnung trotz Zuordnung mangels "Bewirken" des Erfolgs oder mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs. Die Lehre vom Kausalzusammenhang kann die Zurechnung des Schadens aus Verletzung deliktischer Handlungspflichten nicht begründen; denn der Schaden aus "Gefährdungs"unrecht kann nur dann einem Dritten zugerechnet werden, wenn der Rechtsgutsträger trotz verkehrserforderlicher Sorgfalt, sich selbst zu schützen, der Gefahr nicht begegnen kann. Das Überschreiten der Gefahrenschwelle ist Voraussetzung der deliktischen Handlungspflichten. Die Ausführungen zur Rechtswidrigkeit und Schuld waren von der Aufgabenstellung her auf die primären Handlungspflichten beschränkt. Die Beurteilung auf anderen Gebieten ist damit nicht angesprochen.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

In den Anmerkungen sind die Schriften grundsätzlich nach dem ersten Hauptwort des Titels oder nach der Fundstelle zitiert, wenn nicht wegen Verwechslungsgefahr oder aus anderen Gründen eine vollständigere Zitierweise angebracht erscheint. Nachweise in Lehrbüchern mit rasch aufeinanderfolgenden Auflagen sind nach Paragraphen zitiert, um ihr Auffinden auch in früheren Auflagen zu erleichtern.

- Adler, K.: -Unverschuldetes Unrecht. Rektoratsrede der Universität Czernowitz. Wien 1910.
- Aebi, H.K.: -Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und im Strafrecht. Winterthur 1957.
- Arndt, H.: -Die Straßenverkehrssicherungspflicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. DRiZ 1962, 371 ff.
-Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen. DAR 1956, 285 ff.
- Bärmann, J.: -Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge. Karlsruhe 1948.
- Baumann, J.: -Strafrecht, Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch. 4. Aufl., Bielefeld 1966.
-Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung. MDR 1957, 646 ff.
-Implizierte Rechtswidrigkeit bei Tatbestandsfassung. JZ 1960, 8 ff.
-Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht. AcP 155, 495 ff.
- Baur, F.: -Entwicklung und Reform des Schadenersatzrechts. Berlin 1935.
-Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB. AcP 160, 465 ff.
-Zur dogmatischen Einordnung der Haftung für Verrichtungsgehilfen. Karlsruher Forum, 1962, 14 ff.
- Beling, E.: -Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege. Tübingen 1913.
-Die Lehre vom Tatbestand. Tübingen 1930.
- Bettermann, K.A.: -Anmerkung zum Beschluß des BGH GrZS v. 4.3.1957. NJW 1957, 986 f.
- Bienenfeld, R.: -Die Haftungen ohne Verschulden. Typenlehre und System der außergeschäftlichen Obligationen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht. Berlin und Wien 1933.
- Bindokat, H.: -Mehrere Unrecht. JZ 1958, 553 ff.
- Böhmer, E.: -Zur Haftung des Hauseigentümers für Verkehrssicherheit. VersR 1954, 451 ff.
-Straßenverkehrspflichten sind keine Verbindlichkeiten i.S.d. §§ 278, 254 BGB. MDR 1956, 401 ff.

- Zum Begriff des zu einer Verrichtung Bestellten i.S.d. § 831 BGB. MDR 1960, 445 ff.
- Künstliche Konstruktionen zur Umgehung des § 831 BGB. MDR 1964, 968 ff.
- Eine unzulässige Anwendung des § 831 BGB. JR 1968, 377 ff.
- Verschleierte Gefährdungshaftung. MDR 1963, 983 ff.
- Hat sich § 831 BGB nicht bewährt? JR 1963, 134 ff.
- Zur Frage der Änderung des Schadensersatzrechts. VersR 1963, 914 ff.
- Zum Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. MDR 1958, 745 ff.
- Ausschaltung des § 831 BGB? JR 1957, 15 ff.
- Bei Sichbegeben in eine erkannte Gefahr ist § 254 BGB anzuwenden. MDR 1961, 661 ff.
- Gedanken zur Ursachenabwägung nach § 254 BGB. MDR 1963, 731 ff.

- Boennecke, W.: -Schließt das verkehrsrichtige Verhalten des Verkehrsteilnehmers die Rechtswidrigkeit aus? NJW 1960, 1188 ff.
- Bode, F.: -Zur Rechtswidrigkeit im Verkehrsrecht. DAR 1957, 173 ff.
- Brogli de, L.: -Licht und Materie. Ein Beitrag zur Physik der Gegenwart. Frankfurt/M. und Hamburg 1958.
- Buri v., M.: -Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Stuttgart 1885.
- Bydlinski, F.: -Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht. Erschienen in Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Stuttgart 1964.
- Caemmerer v., E.: -Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht. Schriftenreihe der Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 54, Karlsruhe 1962.
- Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht. Freiburger Universitätsreden. Freiburg im Breisgau 1956.
- Wandlungen des Deliktsrechts. In: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages. Band II, S. 45 ff. Karlsruhe 1960.
- Bereicherung und unerlaubte Handlung. In Festschrift für Rabel, Bd. I, S. 333 ff, Tübingen 1954.
- Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB. Karlsruher Forum 1961, S. 19 ff.
- Canaris, C.-W.: -Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht. JZ 1968, 494 ff.
- Cantzler, K.: -Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. AcP 156, 29 ff.
- Coing, H.: -Interesseberechnung und unmittelbarer Schaden. SJZ 1950, 866 ff.

- Gosack, K.-
Mitteis, H.: -Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I:
Die Allgemeinen Lehren und das Schuldrecht.
8. Aufl., Jena 1927.
- Cremerius: -Wegereinigungs- und Streupflicht in der
Bundesrepublik. VersR 1958, 145 ff.
-Zur Räum- und Streupflicht. NJW 1956, 738 ff.
- Crome, K.: -System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.
Bd. I: Einleitung und Allgemeiner Teil,
Tübingen 1900. Bd. II: Recht der Schuldver-
hältnisse, Tübingen 1902.
- Deetz: -Der Haftungsgrund bei den unerlaubten Hand-
lungen des BGB insbesondere bei § 831 BGB.
Gruch 1964, 121 ff.
- Dernburg, H.: -Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des
Deutschen Reichs und Preußens. Bd. II, 2.
Abt.: Einzelne Obligationen. 4. Aufl. Halle
1915. Bearbeitet von Dr. Leo Raape.
- Deutsch, E.: -Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt.
Eine privatrechtliche Untersuchung. Köln,
Berlin, Bonn und München 1963.
-Die Selbstaufopferung im Straßenverkehr.
AcP 165, 193 ff.
-Zurechnungsfähigkeit und Verschulden. JZ
1964, S. 86 ff.
-Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefähr-
dung wegen fehlender adäquater Kausalität.
JZ 1966, 556 ff.
-Entwicklung und Entwicklungsfunktion der De-
liktstatbestände. JZ 1963, 385 ff.
-Grundmechanismen der Haftung im deutschen
Recht. JZ 1968, 721 ff.
- Diederichsen, U.: -Die Haftung des Warenherstellers. Berlin und
München 1967.
-Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz
von Mangelfolgeschäden. AcP 165, 150 ff.
-Zur Beweislastverteilung bei Schadensersatz-
ansprüchen aus Vertrag, Delikt und Gefähr-
dung. Karlsruher Forum 1965, 21 ff.
- Dunz, W.: -Das verkehrsrichtige Verhalten - Bilanz ei-
nes Plenarbeschlusses. NJW 1960, 507 ff.
-Wesen und Grenzen des eigenen Mitverschul-
dens. JZ 1961, 406 ff.
-Freirecht mit Skrupeln. Zu Uwe Diederichsen's
Habilitationsschrift "Die Haftung des Waren-
herstellers". JZ 1968, 54 ff.
- Eckstein, E.: -Die Haftung des Richters für fahrlässig fal-
sche Rechtsanwendung. AcP 114, 108 ff.
-Die Haftung für unerlaubte Handlungen des
Repräsentanten AcP 114, 114 ff.
-Die Tierhalterhaftung bei Tieren mit gemisch-
ter Zweckbestimmung, AcP 114, 118 ff.
- Eichler, H.: -Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen
Haftung im deutschen Recht. AcP 162, 401 ff.
- Einstein, A.: -Die Evolution der Physik. Hamburg 1957.

- Endemann, F.: -Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I: Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 8. Aufl. Berlin 1903.
- Engisch, K.: -Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. In: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages. Bd. I, S. 401 ff. Karlsruhe 1960.
- Enneccerus-Lehmann: -Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus. 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann. Tübingen 1958.
- Enneccerus-Nipperdey: -Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus. 15. neu bearbeitete Aufl. von Hans Carl Nipperdey. Erster Halbband, Tübingen 1959 (zitiert als Bd. I). Zweiter Halbband, Tübingen 1960 (zitiert als Bd. II).
- Erdsiek, : -Die Problematik des § 831 BGB und seine Einwirkung auf unsere Vertrags- und Amtshaftung. Jur.Jahrb. Bd. 8 (1967/68), 36 ff.
- Esser, J.: -Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil. Ein Lehrbuch. 2. vollkommen neubearbeitete Aufl. Karlsruhe 1960. In dritter Aufl. erschienen: Schuldrecht Bd. I Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1968. Bd. II Besonderer Teil, Karlsruhe 1969.
- Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts. Berlin und München 1941. Zweite unveränderte Aufl. Berlin und München 1969.
- Die Zweispurigkeit des Haftpflichtrechts. JZ 1953, 127 ff.
- Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts. AcP 148, 121 ff.
- Kausalitätsbegriff und Rechtswidrigkeitszusammenhang. Karlsruher Forum 1959, 20 ff.
- Exner, F.: -Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung. Leipzig und Wien 1910.
- Fabricius, F.: -Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 Abs. 1 BGB. AcP 160, 273 ff.
- Feuerhake, G.: -Die Rechtspflichten zum Tun bei Unterlassungen im Zivilrecht. Dissertation, Würzburg 1935.
- Fikentscher, W.: -Das Schuldrecht. 1. Aufl., Berlin 1965. 2. Aufl., Berlin 1969.
- Fischer, H.A.: -Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1903.
- Fischer, R.: -Besprechung der 3. Aufl. von Larenz "Lehrbuch des Schuldrechts" Bd. I und II. BB 1960, 60 ff.
- Freund, H.: -Probleme der Wegereinigungssetze. NJW 1961, 586 ff.

- Geigel, R. u. R.: -Der Haftpflichtprozess mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts. 13. Aufl. Berlin und München 1967.
- Geilen, G.: -Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht. JZ 1964, 6 ff.
- Gernhuber, J.: -Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe. In Festschrift für Nikisch, S. 248 ff. Tübingen 1958.
-Haftung des Warenherstellers nach deutschem Recht. Karlsruher Forum 1963, 1 ff.
-Haftung bei alternativer Kausalität. JZ 1961, 148 ff.
- Gierke v., O.: -Deutsches Privatrecht. München und Leipzig 1936.
-Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Reprographischer Nachdruck der Ausgabe Berlin 1887. Berlin 1963.
- Giesen, D.: -Warenherstellerhaftung ohne Verschulden? NJW 1968, 1401 ff.
-Die Haftung des Warenherstellers. NJW 1969, 582 ff.
- Glaß, P.: -Die Kausalität der Unterlassung. Dissertation Leipzig 1908.
- Grünebaum: -Probleme der Schadenshaftung. DJZ 1908, 321 ff.
- Grünewald, E.-
Freudenthal, H.: -Grundriß zur Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin und München 1898.
- Haase, W.: -Anmerkung zu BGH v. 4.3.1957. Gr.S. NJW 1957, 1315 ff.
- Haberkorn, K.: -Zur Streupflicht inländischer Gemeinden, VersR 1959, 493 ff.
- Hafferburg, A.: -Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht. NJW 1959, 1398 ff.
- Handel v., P.: -Gedanken zu Physik und Metaphysik. Bergen 1947.
- Hartmann, N.: -Der Aufbau der realen Welt, 2. Aufl. Mesenheim 1949.
-Neue Wege der Ontologie. Berlin 1964.
-Philosophie der Natur. Berlin 1950.
- Hauelsen, F.: -Die Theorie der wesentlichen Bedingung - eine wichtige Ursachenlehre. JZ 1961, 9 ff.
- Hauss, F.: -Empfiehl es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? In Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentags (1960), Bd. 2, S. C 23 ff. Tübingen 1962.
-Der Haftpflichtschutz des Kraftfahrzeuginsassen in der neueren Rechtsprechung. In Festschrift für Möhring, S. 345 ff. München und Berlin 1965.
- Heck, Ph.: -Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

- Heckhausen, W.: -Die Rechtsprechung des RG zur Frage der Haftung aus Verkehrseröffnung. Emsdetten 1935.
- Heisenberg, W.: -Das Naturbild der heutigen Physik. Hamburg 1955.
- Helm, J.G.: -Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung des Verrichtungsgehilfen. AcP 166, 389 ff.
- Heyen, E.: -Die höchststrichterliche Rechtsprechung zur Verkehrssicherungspflicht. NJW 1955, 326 ff.
- Hildebrandt, M.: -Zur Handlungseinheit und Handlungsmehrheit im Zivilrecht. Reihe A, Bd. 14 in Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen. Marburg 1966.
- Hinke, H.: -Zu den Bestimmungen über die Staatshaftung im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften. DVBl. 1967, 641 ff.
- Hoeres, O.J.: -Neuere Rechtsprechung zur Verkehrssicherungspflicht. DWW 1964, 254 f.
- Hofacker, W.: -Die Verkehrssicherungspflicht, Stuttgart 1929.
- Hübner, A.-
Drost, H.: -Ärztliches Haftpflichtrecht. Seine Grundlagen und seine Bedeutung im Verhältnis des Arztes und des Krankenhauses zum Patienten. Berlin und Heidelberg 1955.
- Huber, U.: -Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 1969, 677 ff.
- Jahn, F.A.: -Rechtsanspruch bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen. München 1961.
-Die rechtlichen Grundlagen der Verkehrssicherungspflicht. JR 1965, 247 ff.
-Die Haftungsgrundlage bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen. JuS 1965, 165 ff.
-Das Verhältnis zwischen Verkehrssicherungspflicht und der Straßenunterhaltungspflicht. NJW 1964, 2041 ff.
- Jellinek, H.J.: -Grenzen der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen. In Gedächtnisschrift für Walter Jellinek Bd. VI: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. 2. textlich unveränderte Aufl. München (ohne Jahresangabe).
- Jentsch, H.: -Die Entwicklung von den Einzeltatbeständen des Deliktsrechts zur Generalnorm und die Berechtigung einer solchen. Dogmengeschichte und rechtspolitische Bewertung. Heft 117 der Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien. Leipzig 1939.
- Jescheck, H.H.: -Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung. In Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag. Göttingen 1961.
- Ihering v., R.: -Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen zu seiner Entwicklung. Bd. I bis III., 3. Aufl. Leipzig 1877.

- Jordan, P.:
 -Die Physik und das Geheimnis des organischen Lebens. Braunschweig 1947.
 -Das Bild der modernen Physik. Hamburg - Bergedorf 1947.
- Kaufmann, A.:
 -Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Göttingen 1959.
 -Unterlassung und Vorsatz. In Festschr. für Helmuth von Weber, S. 207 ff. Bonn 1963.
- Ketterer, H.-
 Friedrich, P.M.:
 -Die Streupflicht in der Rechtsprechung. 2. Aufl. Berlin und München 1957.
- Kleinewefers, H.
 Wilts, W.:
 -Die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen. Darstellung und Würdigung der Rechtsprechung des BGH. VersR 1965, 397 ff.
- Kleppe, P.:
 -Verkehrssicherungspflicht auch für Skipisten? NJW 1966, 237 ff.
 -Skiregeln und ihre Bedeutung für die Schadenshaftung. VersR 1968, 127 ff.
- Knappe, H.J.:
 -Das Problem der überholenden Kausalität. Göttingen 1954.
- Koch, H.:
 -Nochmals: Zur Haftung des Anliegers bei Übernahme seiner polizeilichen Reinigungspflicht durch einen anderen. NJW 1968, 2329 ff.
- Koenig, K.:
 -Eisbeseitigungs- und Streupflicht des Hauseigentümers. DWW 1966, 376 ff.
 -Stellt abgenutztes Pflaster an einem Verkehrsknotenpunkt eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht dar? VersR 1967, 219 ff.
- Kohler, J.:
 -Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, Teil 1: Schuldrecht. Berlin 1906.
- Konow, K.-O.:
 -Die Haftung der Gemeinden für die Wegereinigung im Bereich des preußischen Gesetzes über die Reinigung von öffentlichen Wegen von 1912. JR 1963, 90 ff.
- Krückmann, P.:
 -Institutionen des Bürgerlichen Rechts. 5. Auflage. Berlin 1929.
- Krüger, P.R.:
 -Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinden und Privatpersonen bei der Delegation der Streupflicht. VersR 1969, 306 ff.
- Krüger-Nieland, G.:
 -Das Problem der Rechtswidrigkeit bei Beeinträchtigung der Persönlichkeit. Karlsruher Forum 1961, 15 ff.
- Kries v., J.:
 -Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben. Leipzig 1888.
- Kühfuß, J.:
 -Die Haftung des Gastwirts. Berlin 1933.
- Kürzel, O.:
 -Grenzen der Haftung bei Schadensfällen auf mangelhaften Treppen. DWW 1968, 18 ff.
 -Haftung für Schäden durch Herabfallen von Schnee und Eis. ZMR 1968, 98 ff.
- Landsberg, E.:
 -Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I und II. Berlin 1904.

- Landwehr, G.: -Die Haftung der juristischen Person für körperschaftliche Organisationsmängel. AcP 164, 482 ff.
- Lange, H.: -Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang. AcP 156, 114 ff.
- Lange, Her.: -Zum Problem der überholenden Kausalität. AcP 152, 153 ff.
-Empfiehl es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentags, Bd. I, S. 5 ff. Tübingen 1960.
- Larenz, K.: -Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. I: Allgemeiner Teil, 9. Aufl. Berlin und München 1968. Bd. II: Besonderer Teil, 9. Aufl. München 1968.
-Vertrag und Unrecht. Hamburg 1936.
-Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, Göttingen und Heidelberg 1960.
-Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Leipzig 1927.
-Prinzipien der Schadenszurechnung. Ihr Zusammenhang im modernen Schuldrecht. JuS 1965, 373 ff.
-Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht. In "Vom Deutschen zum Europäischen Recht". Festschrift für Dölle, Bd. I, S. 169 ff. Tübingen 1963.
-Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffes. VersR 1963, 1 ff.
-Ursächlichkeit der Unterlassung. NJW 1953, 686 ff.
-Möglichkeiten einer Begrenzung der Haftung. Karlsruher Forum 1959, 10 ff.
-Tatzurechnung und Unterbrechung des Kausalzusammenhangs. NJW 1955, 1009 ff.
-Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht. In Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 489 ff. München und Berlin 1965.
-Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt. MDR 1954, 515 ff.
-Über Fahrlässigkeitsmaßstäbe im Zivilrecht. In Festschrift für Wilburg, S. 119 ff. Graz 1965.
-Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik. JZ 1962, 105 ff.
- Lehmann, H.: -Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 14. Aufl. Berlin 1963. 15. Aufl. Berlin 1966, bearbeitet von Prof. Heinz Hübner.
-Begrenzung der Rechtswidrigkeit unter vergleichender Berücksichtigung des schweizerischen Rechts. In Festschrift für Hedemann, S. 177 ff. Berlin 1958.
-Anmerkung zu BGH v. 9.12.1958. NJW 1959, 670 ff.

- Leonhard, F.: -Die Kausalität als Erklärung durch Ergänzung. Giesen 1946.
-Allgemeines Schuldrecht des BGB. Bd. I. München und Leipzig 1929.
- Lindenmaier, F.: -Adäquate Ursache und nächste Ursache. ZHR 113, 207 ff.
- Lintaler, H.: -Die Verkehrssicherungspflicht. Würzburg-Aumühle 1940.
- Löffler, M.: -Die Sorgfaltspflichten der Presse und des Rundfunks. NJW 1965, 942 ff.
-Der Informationsanspruch der Presse und des Rundfunks. NJW 1964, 2291 ff.
- Lorenz, W.: -Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung. JZ 1960, 108 ff.
-Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten. In Festschr. für Nottarp, S. 59 ff. Karlsruhe 1961.
-Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik. JZ 1961, 433 ff.
-Warenabsatz und Vertrauensschutz. Karlsruher Forum 1963, 8 ff.
-Die Haftung des Warenherstellers. In Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Nr. 28 der Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung. Frankfurt 1966.
- Lorenz: -Über tierisches und menschliches Verhalten. Gesammelte Abhandlungen, Bd. II. München 1965.
- Louis, B.: -Anmerkung zu RG v. 30. Juni 1932. JW 1932, 3706 ff.
- Lukes, R.: -Produzentenhaftung und Maschinenschutzgesetz. JuS 1968, 345 ff.
- Maihofer, W.: -Der soziale Handlungsbegriff. In Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, S. 156 ff. Göttingen 1961.
- Manigk, A.: -Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum. Sonderdruck aus Iherings Jahrbücher, Bd. 83 (Zweite Folge Bd. 47). Jena 1933.
- March, A.: -Das neue Denken der modernen Physik. Hamburg 1957.
- Markert, K.: -Die Schadenshaftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher. BB 1964, 231 ff.
-Haftung des Warenherstellers ohne Verschulden. BB 1964, 319 ff.
- Marton, G.: -Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung. AcP 162, 1 ff.
- Matthias, B.: -Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6. und 7. Aufl. Berlin 1914.
- Maurach, R.: -Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch. Bd. I: Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Karlsruhe 1965.
Bd. II: Besonderer Teil, 4. Aufl. 1964.

- May, E.: -Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund. NJW 1959, 1262 ff.
- Mayer, H.: -Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbe-
griff. In Festschrift für Helmuth Weber, S.
137 ff. Bonn 1963.
- Mergenthaler, F.: -Das "verkehrsrichtige Verhalten". JZ 1962,
53 ff.
- Meyer, D.T.: -Kritische Streifzüge in das Gebiet der un-
erlaubten Handlung. Recht 1924, 278 ff und
312 ff.
- Mezger, E.: -Strafrecht. Bd. I. Allgemeiner Teil. Ein
Studienbuch. 9. Aufl. München und Berlin
1960. Ab 10. Aufl., München und Berlin 1963,
bearbeitet von Hermann Blei.
- Michaelis, K.: -Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung
des Schadensrechts. Heft 124 der Leipziger
rechtswissenschaftlichen Studien, heraus-
gegeben von der Leipziger Juristenfakultät.
Leipzig 1943.
- Molitor, E.: -Schuldrecht. Allg. Teil. Ein Studienbuch.
München und Berlin 1948.
- Mommsen, F.: -Zur Lehre vom Interesse. Braunschweig 1855.
- Mühlhaus, H.: -Die Voraussetzbarkeit beim fahrlässigen Er-
folgsdelikt. DAR 1967, 229 ff.
-Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld im
fahrlässigen Erfolgsdelikt. DAR 1967, 34 ff.
- Müller, K.: -Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber
dem Endverbraucher. AcP 165, 285 ff.
- Münzberg, W.: -Verhalten und Erfolg als Grundlagen der
Rechtswidrigkeit und Haftung. Frankfurt/M.
1966.
-Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlas-
sungsklage. JZ 1967, 689 ff.
- Nedden, G.: -Straßenverkehrssicherungspflicht und Straßen-
baulast. NJW 1956, 1014 ff.
-Die Verkehrssicherungspflicht der Länder und
Gemeinden auf öffentlichen Straßen. VersR
1967, 1230 ff.
-Die Verkehrssicherungspflicht der Länder und
Gemeinden auf öffentlichen Straßen. BB 1967,
1230 ff.
- Neumann, H.: -Der Zivilrechtsschaden. Iher Jb. 86, 279 ff
(zweite Folge Bd. 50, 279 ff).
- Neumann-Duesberg, H.: -Die Verlegerischen Gefahrabwendungspflichten.
NJW 1966, 624.
-Kritik der Rechtskonstruktion einer körper-
schaftlichen Organisationspflicht. NJW 1966,
715 ff.
-Titelschutz und mittelbare Mitverursachung,
Persönlichkeitsschutz (Recht der Nichturhe-
berschaft) und betriebliche Organisations-
pflicht. JR 1967, 441 ff.
-Das Verhältnis von "Verkehrssicherungs- und
Fürsorgepflicht des Arbeitsgebers" und die
Teilnahme am allgemeinen Verkehr. VersR 1968,
1 ff.

- Zur Haftung des Parkplatzunternehmers, VersR 1968, 313 ff.
- Korrektur des Unmittelbarkeitsbegriffs beim Eingriff in den Gewerbebetrieb. NJW 1968, 1990 ff.

Niese, W.:

- Ein Beitrag zur Lehre vom Ärztlichen Heileingriff. In Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 364 ff. Göttingen 1961.
- Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht. Betrachtungen eines Strafrechters zu Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl.. Tübingen 1952/1955. JZ 1956, S. 457 ff.

Nirk, R.:

- Der Skiunfall durch Verletzung der Verkehrssicherungspflichten. In Referate und Materialien der Skirechtslehrertagung 1966 des Deutschen Anwaltsvereins, S. 43 ff. Essen 1966.
- Die Haftung bei Skiunfällen. NJW 1964, 1835 ff.

Nipperdey, H.C.:

- Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts. Berlin und München 1940.
- Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht. NJW 1957, 1777 ff.
- Inwieweit haftet ein Berufsverein der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer für unzulässige Kampfhandlungen und welche Änderungen des deutschen Rechtes sind hier zugleich unter Beobachtung ausländischer Vorbilder empfehlenswert? Gutachten zum 34. Deutschen Juristentag 1927, 411 ff.
- Arbeitskampf als unerlaubte Handlung. Festschr. f. Sitzler S. 79 ff. Stuttgart 1956.

Nowakowski, F.:

- Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit. JZ 1958, 335 ff.

Oechslein, C.:

- Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik. Beitrag zu einer Methode der juristischen Geistesgegenwart, dargestellt am Modell der Kausal-Haftung. Bern ohne Jahresangabe.

Oertmann, P.:

- Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1901.
- Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, 5. Aufl. Berlin 1928. Bd. II, 5. Aufl. Berlin 1929.

Oppenheimer, J.R.

- Wissenschaft und allgemeines Denken. Hamburg 1958.

Otto, F.:

- Anmerkung zu KG vom 13.2.1957. NJW 1968, 1237 ff.
- Straßenreinigungspflicht der Hinterlieger. ZMR 1966, 100 ff.
- Zum Ausmaß der Streupflicht. DWJ 1966, 14 ff.
- Die Bauherrnpflicht in der Rechtsprechung, DWJ 1964, 279 ff.
- Die Verkehrssicherungspflicht bei Neu- und Umbau als Haftpflichtrisiko. DWJ 1964, 79 ff.

- Palandt: -Bürgerliches Gesetzbuch mit Gleichberechtigungsgesetz, Einführungsgesetz, Verschollenheitsgesetz, Abzahlungsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Jugendwohlfahrtsgesetz, Außenwirtschaftsgesetz, Truppenschadensregelung. 28. Aufl. Berlin und München 1969.
- Planck, G.: -Kommentar zum BGB. Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. Berlin 1907. 4. Aufl. Berlin 1928.
- Prosser, W.L.: -Kausalzusammenhang und Fahrlässigkeit. Köln und Opladen 1958.
- Quade, H.: -Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. DRiZ 1957, 139 ff.
- Raddatz, J.: -Haftung für Unfälle durch Konstruktionsfehlern an Kraftfahrzeugen. VersR 1967, 833 ff.
- Raiser, L.: -Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht. JZ 1961, 465 ff.
- Raiser, Th.: -Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm. JZ 1963, 462 ff.
- RGRK zum BGB: -Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung des RG und des BGH. Kommentar herausgegeben von den Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. Bd. II, 2. Teil, 11. Aufl. Berlin 1960.
- Rehbinder, E.: -Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher ohne Verschulden. BB 1965, 439 ff.
-Fortschritte in der Produkthaftung. ZHR 129, 171 ff.
- Reinecke, H.: -Objektive Verantwortung im zivilen Deliktsrecht. Düsseldorf 1960.
- Reinhardt, R.: -Die subjektiven Rechte in § 823 Abs. 1 BGB. Karlsruher Forum 1961, 3 ff.
-Das subjektive Recht in § 823 Abs. 1 BGB. JZ 1961, 713 ff.
- Richter: -Schuld im Zivilrecht. NJW 1958, 1171 ff.
- Rittner, F.: -Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht. In Festschrift f. Fritz v. Hippel, S. 391 ff. Tübingen 1967.
- Rohde, H.G.: -Zum Entlastungsbeweis des KFZ-Halters für den Kraftfahrer nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. VersR 1961, 297 ff.
- Rothacker, E.: -Die Schichten der Persönlichkeit. 4. Aufl. (Lizenzausgabe). Bonn 1948.
- Rothe, G.: -Rechte und Pflichten der Schadensbeteiligten nach § 255 BGB. Wertheim a. Main 1931.
- Rother, W.: -Haftungsbeschränkung im Schadensrecht. Berlin und München 1965.
- Rümelin, M.: -Die Verwendung des Kausalbegriffs im Straf- und Zivilrecht. Tübingen 1909.
-Der Zufall im Recht. Freiburg und Leipzig 1896.

- Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg 1896.
- Schadensersatz ohne Verschulden. Tübingen 1910.
- Schellmann, L.: -Die Kausalität der Unterlassung. Dissertation Marburg 1934.
- Scherer, E.: -Schadensersatz bei Dachlawinen. ZMR 1967, 34 ff.
- Schmalzl, M.: -Rechtsgrund und Inhalt der Straßenverkehrssicherungspflicht. NJW 1956, 205 ff.
- Schmidt, E.: -Der Arzt im Strafrecht. In Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116. Leipzig 1939.
- Schmidt, H.W.: -Verkehrssicherungspflicht und Straßenbäume. DAR 1963, 266 ff.
- Schmidt, R.: -Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht. NJW 1958, 588 ff.
- Der rechtswidrige Angriff bei Notwehr. NJW 1960, 1706 ff.
- Schulz, F.A.: -Die Haftung für Unfälle im Hause nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation Osterburg (Altmark) 1910.
- Schwab, D.: -Die deliktische Haftung bei widerrechtlichem Verweilen des Verletzten im Gefahrenbereich. JZ 1967, 13 ff.
- Schwerin v., C.: -Schuld und Haftung im geltenden Recht. München und Berlin 1911.
- Seiler, H.H.: -Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht. JZ 1967, 525 ff.
- Selb, W.: -Schadensbegriff und Regreßmethoden. Eine Studie zur Wandlung der Denkformen des Regresses bei Schuldnermehrheit mit der Veränderung des Schadensbegriffes. Heidelberg 1963.
- Siber, H.: -Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II: Schuldrecht. Leipzig 1931.
- Simitis, S.: -Grundfragen der Produzentenhaftung. Tübingen 1965.
- Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne? Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag (1968), in Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags, Bd. I, Teil C. München 1968.
- Soergel-Siebert: -Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen. Begründet von Hans Theodor Soergel. Neu herausgegeben von Wolfgang Siebert. Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse. Besonderer Teil. 9. Aufl. 1962. 10. Aufl. 1967. Erscheinungsort: Stuttgart, Berlin, Köln und Mainz.

- Spendel, G.: -Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. Eine kritische Untersuchung der condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht. Herborn 1960.
-Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen. In Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, S. 183 ff. Göttingen 1961.
- Staub, H.: -Positive Vertragsverletzung und ihre Rechtsfolge. Beitrag in Festschrift für den XXVI. Juristen Tag. 1. Aufl. Berlin 1902. 2. Aufl. Berlin 1913.
- Steffen, E.: -Produktenhaftung am Vorabend des 47. Deutschen Juristen Tags. JR 1968, 287 ff.
- Staudinger: -J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Bd. I: Allgemeiner Teil. 11. Aufl. Berlin 1957.
- Stötter, V.: -Die Haftung des Warenherstellers für Mangel-
folgeschäden. DB 1965, 1620 ff.
- Stoll, H.: -Das Handeln auf eigene Gefahr. Berlin und
Tübingen 1961.
-Kausalzusammenhang und Normzweck im Delikts-
recht. Aus der Reihe: Recht und Staat in Ge-
schichte und Gegenwart, Heft 364/365.
Tübingen 1968.
-Empfiehl sich eine Neuregelung der Ver-
pflichtung zum Geldersatz für immateriellen
Schaden. Gutachten für den 45. Deutschen
Juristen Tag, in Verhandlungen des 45.
Deutschen Juristen Tags, Bd. I, Teil 1, S. 1
ff. Berlin und München 1964.
-Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rech-
te. AcP 162, 203 ff.
-Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichti-
gen Verhaltens. JZ 1958, 137 ff.
- Stoll, Heinr.: -Vertrag und Unrecht. Tübingen 1936.
-Die Lehre von den Leistungsstörungen.
Tübingen 1936.
- Such, H.: -Wirtschaftsplanung und Sachmängelhaftung. In
Leipziger Schriften zur Gesellschaftswissen-
schaft, Heft 2. Leipzig 1949.
- Reichmann, A.: -Haftet der Warenhersteller ohne Verschulden?
BB 1966, 173 ff.
-Schadensersatz bei fehlerhafter Ware - BGHZ
48, 118. JuS 1968, 315 ff.
- Traeger, L.: -Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht.
Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB.
2. Aufl. Marburg 1929.
-Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf-
und Zivilrecht. Als Sonderdruck erschienen
aus Festgabe für Ludwig Enneccerus zum 70.
Geburtstag. Marburg 1913.
- Treuherz, G.: -Die Verkehrssicherungspflicht der öffentlich
rechtlichen Körperschaft bei den öffentlichen
Wegen. Dresden 1937.

- Tuhr v., A.: -Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Nachdruck Berlin 1957.
- Ulmer, P.: -Die deliktische Haftung aus der Übernahme von Handlungspflichten. JZ 1969, 163 ff.
- Ulsenheimer, K.: -Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte. JZ 1969, 364 ff.
- Waldkirch, v., H.: -Kausalhaftung und Kausalität im Verkehr. Basel 1943.
- Warneyer, O.: -Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden. Bd. I: 2. Aufl. Tübingen 1930.
- Watermann, F.: -Die Ordnungsfunktionen von Kausalität und Finalität im Recht unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung. Berlin 1968.
- Weber, W.: -Schulunfälle in der Bundesrepublik. DRiZ 1965, 121 ff.
- Weimar, W.: -Die Haftung für Gesundheitsschäden und Unfälle nach dem Genuß von Arzneimitteln. MDR 1963, 460 ff.
 -Verkehrssicherungspflicht bei privaten Schwimmbecken. MDR 1966, 114 ff.
 -Die Verkehrssicherungspflicht bei Grabsteinen und Grabdenkmälern. MDR 1963, 985 ff.
 -Schwarzfahrten der mit der Betreuung des Kfz beauftragten Personen. MDR 1959, 17 ff.
- Weitnauer, H.: -Die Haftung des Warenherstellers. NJW 1968, 1593 ff.
 -Buchbesprechung Diederichsen: Die Haftung des Warenherstellers. AcP 168, 207 ff.
 -Gedanken zu Stand und Reform des Schadensersatzrechts. VersR 1963, 101 ff.
 -Zum Schutz der absoluten Rechte. Karlsruher Forum 1961, 28 ff.
 -Gedanken zu Problemen der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens. Zugleich eine Besprechung von Wiethölter: Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. VersR 1961, 1057 ff.
 -Grundsätze der Haftung. Karlsruher Forum 1962, 3 ff.
 -§ 823 II BGB und die Schuldtheorie. JZ 1963, 631 ff.
 -Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht? Eine kurze Entgegnung. JZ 1964, 214.
 -Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang. Versuch einer Ehrenrettung. In Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Otfinger, S. 321 ff. Zürich 1969.
 -Grenzen des Persönlichkeitsschutzes. NJW 1961, 105 ff.
 -Verkehrsrichtiges Verhalten. NJW 1962, 1190 f.
 -Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht. Eine Besprechung von Deutsch: Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. VersR 1963, 992 ff.

- Welzel, H.:
 -Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. 10. Aufl., Berlin 1967.
 -Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte. In Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 49. Karlsruhe 1961.
 -Zur Problematik der Unterlassungsdelikte. JZ 1958, 494 ff.
- Wendt, O.:
 -Unterlassungen und Versäumnungen im bürgerlichen Recht. Tübingen und Leipzig 1901.
- Westen, K.:
 -Zur Frage einer Garantie und Risikohaftung für sog. Verkehrspflichtverletzungen. In Festschrift f. Fritz v. Hippel, S. 591 ff. Tübingen 1967.
- Wicher, A.:
 -Die Haftung der öffentlichen Hand für Trümmereinsturz. BB 1949, 728 ff.
- Wieacker, F.:
 -Zum System des Deutschen Vermögensrechts. Erwägungen und Vorschläge. Heft 126 der Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien. Leipzig 1941.
 -Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im bürgerlichen Recht. JZ 1957, 535 ff.
- Wieser, W.:
 -Organismen, Strukturen, Maschinen. Frankfurt/M. 1959.
- Wiethaupt, H.:
 -Rechtsfragen zur Streupflicht. BB 1958, 66 ff.
- Wiethölter, R.:
 -Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. Eine Studie zum Zivilrechtlichen Unrecht. Karlsruhe 1960.
 -§ 823 II und die Schuldtheorie. JZ 1963, 205 ff.
- Wilburg, W.:
 -Die Elemente des Schadensrechts. Marburg 1941. Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? In Verhandlungen des 43. Deutschen Juristen Tags. Bd. II, S. C 3 ff. Berlin und München 1960.
- Wolff, H.J.:
 -Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Bd. I, 6. Aufl. München und Berlin 1965.
- Wolf, J.:
 -Der Normzweck im Deliktsrecht. Göttingen 1962.
- Wolff, K.:
 -Verbotenes Verhalten. Wien und Leipzig 1923.
- Wussow, W.:
 -Streupflicht auf Privatstraßen. VersR 1951, 129 ff.
 -Amtshaftung der Länder und Gemeinden bei Straßenverkehrsunfällen. NJW 1954, 1459 ff.
 -Die Verkehrssicherungspflicht der Länder und Gemeinden auf öffentlichen Straßen. BB 1967, 353 ff.
 -Zur Lehre von der Sozialadäquanz. NJW 1958, 891 ff.
 -Die Produkthaftung. DB 1967, 979 ff.
 -Das Unfallhaftpflichtrecht. 7. Aufl. Berlin 1961.

- Zeuner, A.:
- Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht. JZ 1961, 41 ff.
 - Zum Problem der überholenden Kausalität. AcP 157, 441 ff.
 - Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht. JZ 1966, 1 ff.
- Zippelius, R.:
- Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht. NJW 1957, 1707 ff.
 - Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg. AcP 157, 390 ff.

L e b e n s l a u f

Am 30. August 1939 wurde ich in Tirschenreuth/OPf. als Sohn des 1945 gefallenen Angestellten Johann Weigl und seiner Ehefrau Babette, geb. Hackl, geboren. Nach dem Besuch der Knabenvolksschule in Tirschenreuth und des Humanistischen Gymnasiums Tirschenreuth, Ingolstadt und München habe ich im Juli 1960 am Wilhelmsgymnasium in München die Reifeprüfung abgelegt. Im WS 1960/61 nahm ich an der Universität München das Studium der Rechte und Volkswirtschaftslehre auf. Das Studium der Rechte schloß ich im Termin 1964 II mit dem 1. und im Termin 1968 I mit dem 2. jur. Staatsexamen ab. Anschließend habe ich mich nach 1 1/2jähriger Ausbildung in der Steuerverwaltung in München als Rechtsanwalt niedergelassen.

